Bibl. Mont.
5068

5068 Bibl.Mont

Einige Grundlinien

für eine vernünftige Gesetzgebung des Civilprocesses

mit vergleichenden Bemerkungen über den gemeinen teutschen, baierischen, preußischen und französischen Proceß

dargestellt

von

J. N. Borst.

Nürnberg, 1810.
Bey Friedrich Campe.

Der Gesetzgeber soll Gesetze — nicht schaffen, sondern — als Organ der Vernunft — nur aussprechen.

Bayerische Staatsbibliothek München

Vorrede.

Wenn die Rechtstheorie nicht ohne Einfluß auf die Gesetzgebung seyn kann: so ist es in unsern Tagen, in welchen die Reform der Staaten auch die Reform der Gesetzgebung nach sich zieht, besonders wichtig, theoretische Mängel und Irrthümer aufzudecken und zu berichtigen. Die Gelehrten von Profession dürfen es nicht als unbefugten Eingriff in ihren Geschäftskreis ansehen, wenn der Practiker, welcher solche Mängel und Irrthümer entdeckt zu haben glaubt, dieselben ans Licht zu bringen sich bemüht. Vielmehr möchte es für jeden Staatsbürger Pflicht seyn, wenn er etwas Bedeutendes hiezu beytragen zu können sich für überzeugt hält, seine Beyträge auf dem Altar des Vaterlands niederzulegen.

Diese Betrachtungen veranlaßten die nachstehenden Blätter; welche die wichtigsten Irrthümer der bisherigen Proceßtheorien nach meiner Ueberzeugung nachweisen sollen.

Ich konnte nur wenige, von meinen Berufsgeschäften erübrigte Nebenstunden darauf verwenden. Der Zweck, sie vor der Abfassung eines neuen Proceßgesetzbuchs für mein Vaterland zu Tage zu födern, erfoderte Beschleunigung, und bewog mich, ihr die Vollendung der Darstellung

und Ausführung aufzuopfern. Die Nachweisung von Mängeln in der Darstellung und von einzelnen Irrthümern in der Ausführung wird mir daher nicht unerwartet kommen, und ich werde die Belehrungen hierüber um so williger annehmen, je weiter ich von aller polemischen Tendenz entfernt bin. Diese zu vermeiden, habe ich meistens die Namen verdienter und berühmter Schriftsteller, deren Meynungen ich bestritt, verschwiegen; was mir auch schon die Bescheidenheit anrieth, damit es nicht scheine, als wollte ich mich über Männer erheben, mit denen ich mich vergleichen zu wollen weit entfernt bin.

Wenn übrigens nur, wie ich mich überzeugt habe, die eröffneten Ansichten in der Hauptsache richtig sind: so wird ihre Neuheit und Wichtigkeit die Mängel der Darstellung und Ausführung wohl entschuldigen können, und ich würde mich schon für hinreichend belohnt für meine Mühe halten, wenn ich auch nur einen der aufgedeckten wichtigern Irrthümer aus dem Proceß durch diese Blätter verbannt hätte.

Geschrieben im Königreich Baiern;
im Winter 1809/10.

Summarische Innhaltsanzeige.

Einleitung.

§. 1. Alle Thätigkeit des Staats muß auf Harmonie mit sich selbst und seiner Außenwelt abzwecken. Letztere fällt der Politik heim. Im Innern muß das Band, welches das Volk zum Staat verknüpft, das richtige Ebenmaaß sowohl zwischem dem Körper und den Gliedern, als auch zwischen diesen unter sich enthalten. Dieses Ebenmaaß heißt Gerechtigkeit.

§. 2. Die Thätigkeit des Staats hat unmittelbar entweder sich selbst oder die Glieder zum Gegenstand. Letztere ist Hülfsthätigkeit und bezeichnet sich als eine richterliche. Die Gränze zwischen beyden kann nur in der Wirklichkeit, nicht in Begriffen gefunden werden.

§. 3. Die Hülfsthätigkeit ist der bürgerlichen Freyheit untergeordnet und wird Justizpflege.

§. 4. Diese fodert die Untersuchung des factischen Rechtsverhältnisses und Entscheidung des Rechts. Dadurch entsteht der Civilproceß, welcher zwey Momente, den materiellen und formellen enthält. Jener ist der Privatwillkühr untergeordnet;

§. 5. Dieser ist lediglich Sache des Richters.

Erster Abschnitt.

Von der richterlichen Information oder dem materiellen Proceß.

Erste Abtheilung.

Von der richterlichen Bitte.

I.

Soll der Richter das in der Bitte nicht vollständig verlangte Recht nach dem Thatbestand ergänzen?

§. 6. Daß einer zu niedrigen Bitte nur Unwissenheit ꝛc. zu Grund liege, wird vermuthet; aber es bleibt dennoch ungewiß, ob durch die officielle Erhöhung derselben der Partheyen-Wille nicht überschritten werde; sie kann also zum Unrecht führen.

§. 7. Der gemeine teutsche, der baierische und zum Theil auch der preußische Proceß verletzen den Grundsatz: ne ultra petita partium judicetur.

II.

Darf der Richter Rechtseinwendungen ergänzen?

§. 8. Rechtseinwendungen sind blose Folgerungen aus dem Gesetze. Diese sind Sache des Richters, das Gesetz mag eine sogenannte Rechtswohlthat oder strenges Recht aussprechen.

III.

Muß der Richter den Proceß amtswegen im Gange erhalten?

§. 9. Staatsrechtliche Rücksichten entscheiden nicht hiefür; aber der Partheyen Wille.

§. 10. Der officielle Proceßbetrieb gehört an sich schon zum Reßort der richterlichen Thätigkeit.

Zweite Abtheilung.

Von der Ausmittelung des Thatbestandes.

I.

Darf der Richter den Thatbestand selbstthätig untersuchen?

§. 11. In Privatrechte wird dadurch nicht eingegriffen, wenn nur

§. 12. Der Richter die Partheyen von seinen Schritten vorher benachrichtigt, und ihnen Zeit zur Gegenerklärung läßt.

§. 13. Die officielle Erforschung ist aber an sich selbst dem Richter weniger möglich als den Partheyen, und er würde durch ihre Uebernahme entweder Unmögliches beginnen, oder zum Knechte derselben herabgewürdigt.

§. 14. Auch der preußische Proceß hat keine solche Untersuchungsmaxime.

II.

Muß der Richter nicht wenigstens den Vortrag der Partheyen sichten?

§. 15. Die Sichtung geschieht durch Frage und Belehrung. Jene kannten schon die Römer.

§. 16. Durch den Partheyenvortrag allein erhält der Richter nicht immer Gewißheit, ob Mängel im Vortrage und Unvollständigkeit desselben ꝛc. nicht blos von Unwissenheit ꝛc. herrühre.

§. 17. Durch die Sichtung erreicht er diese Gewißheit, und

§. 18. Da ohne sie nur problematisch recht erkannt werden könnte: so muß er sie sich verschaffen. Unwissenheit ꝛc. begründet keine Verzichtleistung.

§. 19. Der gemeine teutsche und der baier. Proceß erkennen den Grundsatz der Sichtung zum Theil, der preußische Proceß ganz an. Besonders.

§. 20. geschieht dieses durch die Regulirung des status causae et controversiae.

III.

Muß der Richter im Vortrag nicht berührte Thatsachen und Beweismittel, so weit sie ihm bekannt sind, anregen?

§. 21. Die Anregung ist von Ergänzung der Thatsachen verschieden. Es geschieht dadurch kein Eingriff in die Privatrechte, und der Zweck, nach Recht zu richten, fodert die Anregung. Es steht aber der Satz: quod non est in actis, non est in mundo, im Wege; und die Privatperson ist von der Person des Richters zu trennen.

§. 22. Jedes Unrecht enthält zugleich ein Verbrechen. Dieses ist jeder Private abzuwenden schuldig, folglich auch der Richter als Privatperson.

§. 23. Durch Anregung der Thatsachen kann der Richter zum Zeugen werden. Belehrung ist von der Berathung verschieden. Die Belehrung findet in der Anwendung keine Schwierigkeit.

IV.

Darf der Richter die Wahl der Partheyen zwischen dem mündlichen und schriftlichen Vortrag beschränken?

§. 24. Beyde Arten sind geeignete Vehikel der Rede.

§. 25. Der mündliche Vortrag ist kürzer, der schriftliche sicherer. Die Partheyen müssen also die Wahl haben.

§. 26. Der französische Proceß macht die Ausnahme, daß sofort auf mündlichen Vortrag, ohne ihn niederzuschreiben, erkannt werden kann, zur Regel, welches unzweckmäßig ist.

Zweiter Abschnitt.

Von dem Proceß als Form.

Erste Abtheilung.

Von den verschiedenen Proceßarten.

§. 27. Eintheilungen nach dem Object sind nicht wissenschaftliche.

§. 28. Ebensowenig die Eintheilungen nach dem Klagegrund. Unterschied zwischen erschöpfenden und nicht erschöpfenden Processen.

I.

Soll der Gesetzgeber nicht erschöpfende Processe statuiren?

§. 29. Der Arrestproceß und das Interimisticum sind davon verschieden, — sind nur Zwischenprocesse.

§. 30. Der Executivproceß ist nicht erschöpfend, und daher widerrechtlich.

§. 31. Der possessorische Proceß ist kein nicht erschöpfender und gestattet keine wissenschaftliche Eintheilung. Das Summariissimum ist ein bloßer Zwischenproceß.

II.

Soll der Gesetzgeber den Partheyen die Aufsparung eines Theils ihrer Rechtsgründe für einen neuen Proceß gestatten?

§. 32. Wird sie dem Kläger gestattet, müßte sie auch dem Beklagten gestattet werden.

§. 33. Sie zieht aber nicht eine blose Abtheilung desselben Processes in Zweige, sondern eine Vervielfältigung mittelst Halbirung des Zweckverhältnisses nach sich, ist also unzuläßig.

Zweite Abtheilung.

Von den verschiedenen Verfahrungsarten.

§. 34. Die Individualität des Processes bestimmt die Kürze oder Weitläufigkeit seines Verfahrens. Eine wissenschaftliche Eintheilung in summarischen und ordentlichen Proceß setzt voraus, daß geringfügige Sachen eine geringere Rechtssicherheit als wichtige vertrügen.

§. 35. Zu den geringfügigen Sachen gehören präparatorische und Incidentpuncte nicht immer. Allein auch in Bagatellsachen darf der Rechtssicherheit wider Willen

der Partheyen nichts vergeben werden, weil keine Freyheitsbeschränkung im Civilrecht statt findet.

§. 36. Daß die Kosten des Processes den Werth seines Gegenstandes übersteigen können, ist kein gegründeter Einwand.

Dritte Abtheilung.

Von der Spaltung des Processes in mehrere Zweige oder Abtheilungen desselben durch Neben- und Zwischenbescheide.

§. 37. Beyde, Spaltung und Abtheilung sind verschieden, wie die Begriffe des Nebeneinander- und Hintereinanderseyns.

I.

Von der Spaltung des Processes in Zweige.

§. 38. Sie ist rathsam, so oft sie wahrscheinlich kürzer zum Zwecke führt, und nothwendig, wenn sie zugleich keine Kostenvermehrung nach sich zieht.

II.

Von der Abtheilung der Processes durch Neben- und Zwischenbescheide.

§. 39. Nebenbescheide können keine selbstständige Rechtsverletzung enthalten:

§. 40. auch die Zwischenbescheide nicht, denn sie sind durch das Definitivurtheil bedingt, und können ohne dieses nicht rechtskräftig werden.

§. 41. Sie haben mancherley Nachtheile, und sind, wie das articulirte Verfahren, von dem sie ein Ueberbleibsel sind, aufzuheben.

Vierte Abtheilung.

Von der Rechtskraft und den Mitteln sie anzufechten.

§. 42. Ein richterliches Erkenntniß kann keine Erwerbungsart, sondern nur einen Rechtstitel begründen.

§. 43. Die Rechtskraft ist nur eine Vermuthung, daß der Richter nimmer anders, als geschehen, urtheilen könne

und wolle. Diese Vermuthung kann aus einem zweyfachen Grunde wegfallen.

I.

Abänderung rechtskräftiger Erkenntnisse auf den Grund neuer Thatsachen und Beweismittel.

§. 44. Dadurch reformirt sich der Richter nicht selbst.

§. 45. Restitutions- und Nullitätenklage sind nach der Art der neuen Data verschieden; jene hat verzichtbare, diese unverzichtbare zum Gegenstand.

II.

Von der freywilligen Verbesserung eines ungerechten Urtheils durch den Richter.

§. 46. Sie zieht innerhalb der Verjährungsfrist die Herausgabe des ungerecht errungenen Vortheils von Seite des Siegers nach sich. Sie ist nur bey einem untergeordneten Richter möglich. Der Verlauf der Appellationsfrist steht ihr nicht im Wege.

III.

Einige practische Bemerkungen über sämtliche Arten, die Rechtskraft anzufechten.

§. 47. Die nach der bisherigen Ansicht nöthige Beschränkung dieser Mittel fällt weg. Der Beweis bey der Restitution, daß die angegebenen Thatsachen und Beweise neu aufgefunden sind, darf nicht erschwert werden. Der Nachfolger des Richters kann die freywillige Urtelsverbesserung nicht mehr bewerkstelligen. Diese Verbesserung bedarf einer doppelten Verjährungsfrist, wie Restitutions- und Nullitätenklage.

Dritter Abschnitt.

Von der Appellation.

I.

Theoretische Begründung.

§. 48. Die bisherige Ansicht, daß sie ein Mittel für die Rechtssicherheit der Partheyen sey, ist unrichtig.

§. 49. Sie geht aus dem Organismus der Staatsregierung als nothwendige Folge hervor.
§. 50. Diese Ansicht ist der Justizpflege nicht nachtheilig.

II.

Practische Erörterungen über die Berufung an einen höhern Richter.

§. 51. 1) Kann die Appellation nach Summen beschränkt werden?
Durch Versagung der Berufung wird der Unterrichter zugleich zum Regenten; sie kann also nie versagt werden.
§. 52. Das Appellationsverfahren leidet eine große Abkürzung.
§. 53. 2) Ob in der Appellationsinstanz Nova zuläßig seyen?
Unter Nova werden neu aufgefundene oder dem Verzicht nicht unterliegende neue Data verstanden.
§. 54. Diese eignen sich zur Restitutions- oder Nullitätenklage. Eine Cumulation derselben mit der Appellation widerspricht dem Regierungsorganismus.
§. 55. Neue Data, welche nur in Verbindung mit dem vorigen Thatbestand eine andere Entscheidung motiviren können, machen keine Ausnahme. Daß die Cumulation der Restitutions- und Nullitätenklage mit der Appellation einen Proceß ersparen kann, rechtfertigt sie nicht. Denn die Jurisdiction des Oberrichters ist nicht weiter als über die Beschwerde begründet. Durch Anstellung der Nullitäten- oder Restitutionsklage geht die Appellation nicht verlohren, et vice versa.

Einleitung.

§. 1.

Die Handlungsweise eines vernünftigen Menschen muß, wenn ihm dieses Prädikat wirklich zukommen soll, mit seiner körperlichen und geistigen Natur im Einklange stehen; denn ohne Harmonie ist kein vernünftiges, gesundes Leben in einem organischen Körper denkbar; und die Handlungsweise des Menschen ist nur die äussere Erscheinung seiner innern Thätigkeit, welche, — in sich selbst harmonisch, — auch zwischen sich und der Aussenwelt Harmonie zu schaffen bemüht ist.

Auf gleiche Weise muß auch die, von seinem Oberhaupt ausgehende, Thätigkeit des Staats, als eines organischen Ganzen, auf Harmonie mit sich selbst und seiner Aussenwelt abzielen, um in sich selbst vollendet, ein gesundes und glückliches Leben zu leben.

Die Aussenwelt des Staates besteht in den ihn umgebenden Mitstaaten; denn nur im Verhältniß zu diesen ist er ein Individuum. Seine sich auf dieses Verhältniß beziehende Thätigkeit fällt unter die Regeln

der Politik. In allen übrigen Beziehungen hat es der Staat mit seinem Innern zu thun. Das Volk ist der Innbegriff seiner organischen Glieder; — und das Band, wodurch dieselbe dem Ganzen angehören, in allen seinen Fäden möglichst harmonisch zu gestalten, ist das Ziel, worauf alle seine innere Thätigkeit gehen muß. In diesem Bande muß aber, soll es einer vollkommenen Harmonie entsprechen, das richtige Ebenmaaß, nicht blos zwischen Glied und Körper, sondern auch zwischen den Gliedern selbst enthalten seyn.

Das Merkmal, wodurch die nach dieser Harmonie bemessene Handlungsweise des Staats in seinem Innern bezeichnet wird, heißt, von dem Standpuncte der die Glieder bildenden Individuen aus betrachtet, Gerechtigkeit. Ungerecht kann der Staat nicht handeln, ohne sich selbst unmittelbar, oder mittelbar — in seinen Gliedern — zu schaden. Da die Gerechtigkeit nur in dem Einklange der Handlungsweise mit der Natur des Handelnden besteht; die Natur aber durchgehends auf unabänderlichen Vernunftregeln beruht, welche, vom Staate ausgesprochen, die positiven Gesetze bilden: so ist es offenbar, daß der Staat nie nach Willkühr, sondern nur nach Gesetzen, sie mögen bereits positiv ausgesprochen seyn, oder nicht, handeln dürfe.

Es gehört daher gewiß unter die erfreulichsten Zeichen der Zeit, daß die Regierungen heut zu Tage eifrig bemüht sind, nicht nur die Civilgesetze zu vervollkommnen; sondern auch die Staatsorganisation durch Consti-

tutionen auszusprechen, und durch administrative Gesetze ihrer eigenen, sie unmittelbar betreffenden, Handlungsweise einen festen Character zu geben.

§. 2.

In der, durch Handeln sich äussernden, Thätigkeit des Staats muß eine doppelte Richtung unterschieden werden. Sie hat nemlich entweder das Ganze, oder nur die Glieder zum unmittelbaren Gegenstand. Die letztern sind, einzeln betrachtet, selbst organische, ihr eigenes Leben lebende, Wesen; sie sind also auf der einen Seite als Individuen eben sowohl unabhängig, selbstständig und frey, als sie auf der andern in der Eigenschaft der Staatsmitglieder, abhängig, untergeordnet und gehorchend seyn müssen.

Die, die Staatsglieder unmittelbar betreffende, Thätigkeit des Staats kann daher, soll sie der individuellen Natur derselben nicht widersprechen, nur eine solche seyn, welche der Freyheit des Individuums untergeordnet ist, und nur mit ihrem Willen in Wirksamkeit treten kann. Es entsteht uns dadurch eine Thätigkeit des Staats, welche, im Gegensatz der offiziellen, aus eigenem Antrieb wirkenden Thätigkeit desselben, ihren Grund zur Wirksamkeit ausser sich findet, und von dem freyen Willen der Staatsbürger abhängt. Dadurch erhalten wir auch der Form nach die vollkommneste Scheidung des Civilrechts von den übrigen Zweigen der Gesetzgebung; und erkennen die auf die Justizpflege ge-

richtete Staatsthätigkeit, als eine blose Hülfsthätigkeit, während die Regierung in allen übrigen Arten ihres Handelns unaufgefodert und selbstthätig zu Werke geht.

Man würde sehr irren, wenn man die auf die Wohlthätigkeitsanstalten gerichtete, und andere ihrem Gegenstande nach ähnliche Staatshandlungen einer gleichen Hülfsthätigkeit zuschreiben wollte, weil hierdurch den Individuen unter die Arme gegriffen wird. Auf diesem Standpuncte, — es ist der des vom Staatsverband losgetrennten Individuums — erscheint der ganze Staat nur als eine Hülfsanstalt; das Individuum wird dadurch zum Herrschenden, und der Staat zu einem Sicherheitsmittel — in Allem dem Bürger untergeordnet — umgeschaffen. Alle Universalität und alles Leben der Staatsidee wird in dem Machwerk menschlicher Hände begraben, und der Staat — mit jedem Menschenalter untergehend, — wird mit jedem Menschengeschlechte neu geboren. Nur Schade, daß die Natur das Entstehen und Vergehen der Geschlechter nicht hiernach eingerichtet hat, und dieselbe, statt sie in einander fließen zu lassen, nicht periodisch mit einem Zauberschlag auf einmal aus der Erde hervorgerufen — eben so wieder vernichtet!

Von einer Hülfsthätigkeit, wie sie auf diesem Standpuncte erscheint, ist also hier keine Rede; sondern wir betrachten die Spaltung der Thätigkeit des Staats, in selbstthätige und abhängige, von dem Standpuncte aus, von welchem aus sie der Staat, wenn wir ihn personificiren, selbst betrachten muß.

Eine materielle Scheidung des Civilrechts von den übrigen Gesetzgebungszweigen, d. h. die Gränze, wie weit der Staat die Freyheit seiner Glieder durch officielles Handeln beschränken dürfe, ist uns damit freylich nicht gegeben. Diese Gränze ist aber so wenig, als die physische Staatsgränze, in Begriffen zu finden. Die Thätigkeit des Staats ist, wie die des Menschen, das Facit seines innern Characters und seiner äussern Verhältnisse. Sie kann also nur durch diese erkannt werden, und ist nothwendig in jedem einzelnen Staate verschieden. Von der Thätigkeit des Ganzen wird die Thätigkeit der Glieder (ihre Anstrengung) bestimmt. Wie weit demnach der Staat die Freyheit seiner Bürger in Anspruch nehmen, wie weit er das Civilrecht einengen, und den Egoismus dem Patriotismus unterordnen dürfe, dieses alles hängt von seinen individuellen Verhältnissen und Eigenheiten ab. Wir können es uns deßwegen hier im Vorbeygehen erklären, warum alle bisherige Policeysysteme, die eine solche materielle Gränze in der Theorie suchten, scheitern mußten, und alle ähnliche Versuche auch künftig scheitern werden.

§. 3.

Die auf die Civilrechtssphäre gerichtete Thätigkeit des Staats ist bereits als eine Hülfsthätigkeit bezeichnet worden. Es ist aber hier von der practischen Thätigkeit, welche durch Handeln ins Leben eingreift, die

Rede. Wenn der Staat Civilgesetze giebt: so ist er auch, und zwar aus eigenem Antrieb, thätig. Diese Thätigkeit ist aber nur die Verstandes-Function, welche die Regeln für das Handeln aufsucht, und verhält sich zum letztern, wie der Verstand zum Willen.

Diese Hülfsthätigkeit ist nun in der Civilrechtssphäre der bürgerlichen Freyheit untergeordnet, und bedarf einer Auffoderung des Individuums, um wirken zu können. Der Einzelne kann aber den Staat, ohne ihn zu seinem Knechte herabwürdigen zu wollen, oder seine eigene Selbstständigkeit aufzugeben, nicht zum Handeln für sich auffodern, so lange sich seine Freyheit selbst genügt. Der Fall, worinn diese Auffoderung statt findet, wird also nur dann eintreten können, wenn die Freyheit der Individuen unter sich in einen Conflict geräth, und es auf die Entscheidung ankommt, welches dem andern weichen müsse. Die Hülfsthätigkeit des Staats im Civilfache erscheint uns somit als eine richterliche, und wird zur Justizpflege.

§. 4.

Die Entscheidung, welcher von mehrern Bürgern im Collisionsfalle dem andern weichen müsse, kann nur durch das Recht bestimmt werden. Dieses zu realisiren, wo es seine Realisirung nicht schon in dem freyen Willen der Collidirenden findet, ist demnach das Geschäft der Justizpflege. Das Recht kann aber ohne vorhergehende Untersuchung der Verhältnisse und That-

sachen, worinn es gegründet ist, nicht erkannt, folglich auch nicht realisirt werden. Der Vollziehung geht also das Erkennen, und dem Erkennen die Untersuchung der Verhältnisse und Thatsachen, wovon das Recht abhängt, vorher. Die Art und Weise, wodurch jenes Erkennen, und dieses Untersuchen, bewerkstelligt wird, heißt der Civilproceß.

Der Civilproceß erhält demnach zwey Momente, *welche nicht mit einander verwechselt werden dürfen;* nemlich *die* Ausmittelung des Thatbestandes (welcher Ausdruck hier und in Zukunft immer den Innbegriff der Verhältnisse und Handlungen, woraus das Recht erwachsen ist, bezeichnen soll) und die Erkennung des streitigen Rechts. Beyde Momente verbreiten sich über *den ganzen* Proceß, und lassen sich durch die Eintheilung *in materiellen* und *förmlichen* Proceß nicht unpassend bezeichnen.

So wichtig dieser Unterschied ist, so wenig ist er meines Wissens bisher von den Schriftstellern über den Proceß bemerklich gemacht worden. *) Der Thatbestand wird aus dem practischen Leben der bürgerlichen Freyheit geschöpft; der Bürger kann also nach Willkühr darüber disponiren, und er muß die Darstellung desselben im Processe eben so unbeschränkt beherrschen, als

*) Gönner hat ihn jedoch in seinem classischen Handbuch des Proc. Th. II. Abth. XXVII. aber nur in Bezug auf die positiven Gesetze, ausgeführt.

er über seine Entstehung im bürgerlichen Leben gebieten konnte. Zwar kann diese Herrschaft des Individuums über den Thatbestand nicht bis zum Widerspruche mit sich selbst erweitert werden. Der Kläger, welcher daher um Zuerkennung eines Rechts bäte, zugleich aber die Thatsachen, ohne welche es nicht anerkannt werden könnte, dem richterlichen Auge enthüllen zu lassen, sich weigerte, würde als muthwilliger Spötter oder als ein Wahnsinniger sogleich von der Schwelle der Themis abzuweisen seyn. Allein die einzelnen Data des Thatbestandes verlieren sich so sehr in die Nüancen des Privatrechts, und in das unendliche Gebiet der Freyheit, daß es nicht als Widerspruch des rechtsuchenden Individuums mit seinem Gesuche betrachtet werden kann, wenn es auch nur eine erhebliche Thatsache ausmitteln, und die Enthüllung des übrigen — auch noch so wichtigen Thatbestandes umgehen will. Sey es, daß die Darstellung des ganzen Thatbestandes sicherer zum Zweck führe; die Parthey kann dennoch, wäre es auch nur beliebter Kürze willen, Gründe haben, wegen welcher sie die Aufhellung wichtiger Thatsachen zu vermeiden wünscht, und welche der Richter nicht weniger als ihre Freyheit zu respektiren hat. Ueber die Darstellung des Thatbestandes im Processe herrscht also der Privatwille.

§. 5.

Dagegen kann den Partheyen keine gleiche Macht nicht auch über die Form des Processes zugestanden

werden. Das Recht zu entscheiden und festzustellen, ist der einzige Zweck des Richters. *) Daß er diesen Zweck aus den Augen lasse, und unrecht richte, können ihm die Partheyen, ohne Widerspruch mit sich und der richterlichen Würde, nicht zumuthen wollen. Sie können ihre Rechte ganz oder zum Theil aufgeben; sie können den Thatbestand, wovon es abhängen soll, bestimmen; aber daß der Richter im Widerspruch mit ihrer rechtlichen Bitte handle, kann nicht verlangt werden. Der Richter muß gerecht, folglich auch nach der Wahrheit entscheiden. Bey der unbeschränkten Herrschaft der Partheyen über Recht und Thatbestand, kann aber dem Richter nur das als Wahrheit gelten, was die Partheyen dazu machen. Der von den Partheyen *formirte* Thatbestand ist daher von dem wirklichen zu unterscheiden. Nur jener enthält die Wahrheit; daher sich der Richter um die Gewißheit einer zugestandenen Thatsache nicht weiters zu bekümmern hat. Volenti non fit injuria.

Allein dieser von den Partheyen formirte Thatbestand ist nebst der rechtlichen Bitte derselben, der einzige Maasstab seiner Handlungen. Weiter kann er sich durch den Privatwillen nicht bestimmen lassen. Dieser kann deshalb nicht nur auf die richterliche Reflexion, mittelst welcher der Richter durch Subsumtion des That-

*) Die Vollstreckung liegt außer den Gränzen des Processes, wenn gleich noch im Gebiet der Justizpflege.

bestandes unter das Gesetz das Recht finden muß, sondern auch auf die Art und Weise, wie derselbe den Partheyen-Willen sowohl hinsichtlich des Thatbestandes, als auch hinsichtlich der rechtlichen Bitte kennen lernen will, keinen Einfluß äussern. Die Regeln seines Handelns müssen einzig und allein aus der Bitte und dem Thatbestand geschöpft werden.

Es erhellt hieraus wie strenge die Information, welche die Kenntniß des Partheyen-Willens über rechtliche Bitte und Thatbestand bezweckt (der materielle Proceß von der Art und Weise, wie diese Information erreicht und das Recht entschieden werden soll) von dem förmlichen Proceß in der Wissenschaft gesondert werden müsse, wenn man zu einem reinen Resultat gelangen will.

Der erste Abschnitt dieser Abhandlung wird daher von solchen Gegenständen handeln, welche unter dem Gesichtspunct der Information zu stehen kommen. In dem zweiten Abschnitt werden solche Lehren vorkommen, welche den förmlichen Proceß (seinen Gang) betreffen; und im dritten sollen einige der wichtigsten Grundsätze über die Berufung an einen höhern Richter nach entschiedenem Streite, vorgetragen werden.

Erster Abschnitt.

Von der richterlichen Information oder dem materiellen Proceß.

Erste Abtheilung.

Von der rechtlichen Bitte.

I.

Soll der Richter das in der Bitte nicht vollständig verlangte Recht amtswegen *) nach dem Thatbestand bestimmen?

§. 6.

Es ist bereits in der Einleitung dargethan worden, und leidet ohnehin keinen Widerspruch, daß der Richter zwar nach Recht erkennen müsse, das Recht aber von der Willkühr der Partheyen abhänge. Nun streitet zwar die Vermuthung dafür, daß jedes Individuum nach der möglichst großen Freyheit ringe, und sein Ver-

*) Ich halte von amtswegen für einen Pleonasmus.

mögen — als Element desselben — zu erweitern strebe, folglich kein Recht, weil sich dieses auf das Vermögen und den Wirkungskreis in der Sinnenwelt bezieht, freywillig aufgeben wolle. Wenn daher eine Parthey weniger gebeten hat, als aus dem Thatbestand zu ihrem Besten rechtlich folgt: so ist, wenn nicht der ausdrückliche Verzicht über den Ueberschuß der ihn zukommenden Vortheile darin enthalten ist, mit vieler Wahrscheinlichkeit zu schließen, daß nur aus Rechtsunkunde oder Versehen, nicht aber freywillig, zu wenig gebeten worden sey. Der Richter, welcher sich im Ausspruche des Rechts nicht an den Innhalt der Bitte, sondern an den Thatbestand hält, hat demnach die Vermuthung für sich, daß er ein — dem Partheyen-Willen zusagendes — wahres Recht ausgesprochen habe. Allein Gewißheit kann er hierüber nicht haben; es bleibt immer möglich, daß die Bitte geflissentlich beschränkt worden; und daß folglich der Richter, welcher an den Thatbestand sich haltend, sie überschreitet, unrecht richte.

Da das Richteramt seiner Bestimmung nach praktisch ist, und nichts mit Aufsuchung leerer, von den Partheyen aufgegebener Rechte zu thun hat: so ist jenes Unrecht nicht nur ein Verstoß gegen die richterliche Bestimmung, sondern auch ein rechtswidriger Eingriff in das Privatrecht; denn wenn gleich der siegende Theil das ihm zugesprochene Recht, soweit es seine Bitte übersteigt, unbenützt und unvollzogen lassen kann: so erhält er doch dadurch auch die Macht, es zu benützen,

und ein freywillig aufgegebenes Recht, das ihm rechtlich nicht mehr zukommt, wieder zu fodern. Ja es wäre sogar möglich, daß der Verzicht über den nicht gebetenen Theil des Rechtsgegenstandes schon vor dem Streite — vielleicht durch Vertrag — geschehen und acceptirt worden; daß mithin der Besiegte entweder offenbares Unrecht leiden, oder mit seinem Einwand in einem neuen Proceß noch gehört werden müßte.

Zwar ist es, wenn der Richter nach der Bitte auf zu wenig in Vergleichung mit dem Thatbestand erkennt, ohne die ausdrückliche Willenserklärung des Siegers hiefür zu haben, eben so leicht möglich, daß der Bittsteller aus Unverstand oder Versehen einen Theil seines Rechts verliere; folglich Unrecht leide; allein dieses Unrecht wäre, weil es doch immer nur der Parthey selbst zugeschrieben werden müßte, demjenigen, welches der Richter selbst veranlaßt, weit vorzuziehen, wenn nicht der Weg, beyde zu vermeiden, mittelst der Befragung der interessirten Parthey so nahe gelegt wäre, wie weiter unten in der zweiten Abtheilung angeführt werden soll.

§. 7.

Es läuft demnach einer vernünftigen Proceßgesetzgebung zuwider, wenn der Richter die Bitte der Partheyen zu ergänzen ermächtigt oder gar verpflichtet wird. Die Rechtslehrer erkennen dieses in dem Grundsatze an: daß das Erkenntniß die Bitte der Partheyen nicht überschreiten dürfe (ne ultra petita partium judicetur).

Dessen ungeachtet wird im gemeinen teutschen *), und im baierischen Proceß **) auf Zinsen, Früchte und Schäden amtswegen erkannt; und der preußische Proceß ***) beobachtet ein Gleiches in Ansehung der gesetzlichen Zinse. In Ansehung der Hauptsache geben also diese Gesetze der Vermuthung, daß jeder Bürger sein Recht vollständig verlange, nicht statt; hinsichtlich der Nebensache aber halten sie dieselbe für hinreichend, um ein Erkenntniß darauf zu bauen. Und doch ist jene Vermuthung hinsichtlich der Hauptsache weit stärker als hinsichtlich der Nebensache. Niemand erläßt gerne etwas an der Hauptsache; mit den Zinsen, Früchten und und Schäden dagegen nimmt es der billige Mann nicht so genau. Häufig werden sie von ihm geflissentlich übergangen. Und überhaupt vergißt man das, was man verlangt, weit weniger, als die factischen Bedingungen wovon es abhängig ist.

---

*) Gönner in seinem
Handb. Thl. II. Abth. XXVII. §. 31.
Danz in seinen
Grundsätzen des ord. Proc. vermehrt von Gönner §. 74.
Letzterer scheint diese Befugniß des Richters mit den römischen Gesetzen sogar auf den Hauptgegenstand des Streits zu erstrecken.

**) Churbaier. Ger. Ord. Cap. IV. §. 7. No. 6.

***) Preuß. Ger. Ord. Th. I. T. 23. §. 58.

Die Ergänzung der Bitte im Processe ist demnach eine Anomalie, welche in einem neuen Gesetzbuch ohne Zweifel einer Verbesserung bedarf.

II.

Darf der Richter Rechtseinwendungen ergänzen?

§. 8.

Rechtseinwendungen sind, abgesondert von den Thatsachen, wovon sie abhängen, blose Folgerungen, welche von selbst aus dem Gesetze fließen, wenn die Thatsachen darunter subsumirt werden. Schon der allgemein anerkannte Grundsatz, daß die Subsumtion des Factums unter das Gesetz lediglich Sache des Richters ist, sollte allen Zweifel entfernen, welchen man gegen die Bejahung der aufgestellten Frage hegen könnte. Dessen ungeachtet fürchtet man, daß durch die offizielle Ergänzung der Rechtseinwendungen in die Partheyenrechte eingegriffen werden könne, weil die geheimen Triebfedern des menschlichen Willens unerforschlich sind. Allein wenn wir die Sache genau besehen, kann nur die Uebergehung dieser Einwendungen — die Suppeditirung der sie begründeten Thatsachen vorausgesetzt, wovon weiter unten gehandelt werden wird, — nicht aber ihre Ergänzung zu Rechtsverletzungen führen. Was kann es den Bürger kümmern, ob ihm die Erfüllung seiner Bitte auf den Grund des strengen Rechts, oder einer Rechtswohlthat zu Theil wird? Er verlangt das, was

ihm zukommt, sey es durch dieses oder jenes Gesetz begründet. Käme etwas auf die Art oder den Grund des Gesetzes an: so würde der Richter bey jeder Gesetzesanwendung zuerst die Einwilligung der Partheyen nachsuchen müssen. Ein anderer Unterschied, als in der Art und dem Grunde, ist zwischen den Rechtswohlthaten und den übrigen Gesetzen nicht einzusehen. Wenn z. B. die wegen einer aussergerichtlichen Bürgschaft belangte Ehefrau der Klage entgegensetzt, daß sie aussergerichtlich ohne Beystand Bürgschaft geleistet habe, und deßhalb nicht daran gebunden seyn wolle; oder wenn der mit der Vindicationsklage verfolgte Besitzer seine Vertheidigung darein setzt, daß er 30 Jahre im guten Glauben besessen habe, und deßhalb sich zur Herausgabe des streitigen Rechtsgegenstandes nicht für verpflichtet halte; wer kann zweifeln ob erstere das Senatus consultum Vellejanum, dieser die Gesetze über Verjährung bey Entscheidung ihres Streites zur Norm nehmen lassen wollen? Wer kann glauben, daß sie durch Anwendung dieser Gesetze mehr erhalten, als sie gebeten haben? Wer will es dagegen bezweifeln, daß ihnen, wenn der Richter diese Gesetze nicht anwendet, unrecht geschehe? Daß der Richter eine Klage, welcher ein solcher Einwand entgegen steht, nicht ex officio abweisen dürfe, läßt sich hören, und so mögen auch die positiven Gesetze *) verstanden werden; allein die

---

*) L. 27. §. 1. 5. 7. 8. D. de pactis.

ausdrückliche Berufung auf das Gesetz kann niemals nöthig seyn; sobald das seine Anwendung bedingende Factum vorhanden ist *); wegen dessen Herstellung ich nochmals auf die unten folgende zweite Abtheilung verweisen muß. Die Vorschrift der baierischen Gerichtsordnung **), welche diese Einwendungen ex officio ergänzt, und womit auch die preußische Proceßgesetzgebung übereinkommt ***), verdient also in einem neuen Gesetzbuch beybehalten zu werden.

III.

Muß der Richter den Proceß amtswegen im Gange erhalten?

§. 8.

Den officiellen Proceßbetrieb kennt bekanntlich nur die preußische Gerichtsordnung. Der preußische Richter wartet bey versäumten Fristen nicht erst die Ungehorsamsbeschuldigung des Gegners ab, sondern verfügt amtswegen, was die Ordnung mit sich bringt. Wenn man hiefür den Grund anführt, daß die lange Dauer der

---

*) Anderer Meynung ist Gönner in seinem Handb. d. Proc. Bd. II. Abh. XXVII. und in seinem Archiv für Gesetzgebung rc. Bd. II H. III. S. 501.

**) Cap. 6. §. 9.

***) G. O. Th. I. T. 9. §. 11.

Processe vom Staate nicht begünstigt werden könne; so ist derselbe nicht ganz genügend. Processe sind zwar ein Privat- aber kein Staatsübel; sie gehen nur das Individuum an, und schwerlich werden die Verhältnisse irgend eines Staates eine directe Beschränkung der Freyheit im Processiren rechtfertigen können; besonders da ein durch blosen Stillstand verlängerter Streit keinen nachtheiligern Einfluß auf den bürgerlichen Character der Streitenden, als ein dem Innhalte nach gleich weitläufiger, nur der Zeit nach zusammengedrängter Proceß haben kann. Es kann also nur der freye Wille der Partheyen die Entscheidung begründen, und dieser entscheidet auch so offenbar für den officiellen Proceßbetrieb, daß es fast unbegreiflich ist, wie man ihn mißkennen kann.

Derjenige, welcher in der Klage um Zuerkennung eines Rechts bittet, erklärt concludent, daß er sein Recht jetzt verlange; er bittet für die Gegenwart, nicht für die Zukunft. Daß der Richter erst die Beyschaffung der Bedingungen, ohne welche sein Recht nicht anerkannt werden kann, verfügen muß, und hiezu ein Zeitaufwand erfodert wird, liegt nicht in des Klägers Bitte. Es können wohl nach angebrachter Klage Umstände eintreten, welche in dem Kläger eine Willensänderung erzeugen, und ihn veranlassen, seine Rechtsverfolgung aufzuschieben. Er muß aber diese seine Willensänderung anzeigen; und dann leidet es keinen Anstand, daß die Sache so lange liegen bleibt,

bis er sie wieder in Anregung bringt. Es wäre lächerlich, wenn der Arzt, der ein für allemal gebeten ist, seinen Patienten täglich zu besuchen, jeden Tag, weil der Kranke genesen seyn könnte, eine specielle Auffoderung abwarten wollte, ehe er einen Fuß über die Schwelle setzte. Und warum sollte dieses Gleichniß nicht ganz auf den gemeinrechtlichen Richter passen, welcher zu jedem Schritte, den die ein für allemal angebrachte Bitte des Klägers heischt, eine specielle Auffoderung erwartet?

§. 10.

Ein Verstoß gegen die Rechte der Partheyen ist also durch den officiellen Proceßbetrieb nicht möglich; denn daß der Ungerechte früher unterliegt, kann wohl nicht als Rechtsverletzung gelten. Man könnte aber einwenden, daß dadurch dem Richter eine Mühe aufgebürdet werde, welche füglich die Partheyen auf sich nehmen können. Allein wenn man bedenkt, daß die hierdurch dem Richter zugehende Arbeit nicht vergrößert, sondern mittelst Ersparung einiger Comunicativdekrete vielmehr verringert, und blos auf einen kürzern Zeitraum koncentrirt wird; — denn mit einem einzigen richtig geführten Journal (Terminscalender) dergleichen ohnehin nicht entbehrt werden können, ist das Ziel ohne Mühe zu erreichen: — wenn man erwägt, wie viel Zeit- und Kostenaufwand mittelst Umgehung der Contumacialaccusationen und Decrete erspart werden könne; und

endlich wenn man überlegt, daß der Richter den Proceßbetrieb nicht nur weit zweckmäßiger, als die Partheyen besorgen könne, sondern auch daß derselbe zu dem Proceß als Form gehöre, und directe aus der Incumbenz des Richters, das Recht zu erkennen fließe, wenn man alles dieses genau überlegt, wird der berührte Einwand gänzlich verschwinden, und die Pflicht des Richters, den Proceß amtswegen in Gange zu erhalten, keinem weitern Zweifel unterstellt werden können.

Zweite Abtheilung.

Von der Ausmittelung des Thatbestands.

I.

Darf der Richter den Thatbestand selbstthätig untersuchen?

§. 11.

Nachdem wir bereits eingesehen haben, daß der Streitgegenstand in der Klagebitte nicht amtswegen ergänzt werden dürfe, und daß die Partheyen eben so frey über den Thatbestand, als das davon abhängende Recht disponiren können; so scheint die Verneinung dieser Frage auf platter Hand zu liegen, und keiner weitern Untersuchung zu bedürfen. Allein wenn man bedenkt, daß die Vermuthuug, eine Parthey, welche

das Recht, als Zweck will, werde auch die Enthüllung der *es* bedingenden Thatsachen — als Mittel verlangen, wohl noch stärker seyn möchte, als diejenige ist, worauf die bisherigen Proceßgesetze die Ergänzung der Klagebitte hinsichtlich der accessorischen Verbindlichkeit gründen; daß ferner der preußische Proceß auf den Grund dieser Vermuthung dem Richter die officielle Erforschung der Wahrheit zur Pflicht gemacht haben soll, und Gönner *) diese Maxime der Maxime des gemeinen *teutschen* Processes als gleichzweckmäßig gegenüberstellt: so wird eine genauere Erörterung dieses Gegenstandes um so weniger überflüßig scheinen, je weniger der Unterschied dieser officiellen Thätigkeit des Richters von der Thätigkeit in Ergänzung der Bitte der Partheyen *bey einigem auch* nur oberflächlichen Nachdenken verborgen *bleiben*, und je leichter der Einwand wegen unbefugter Eingriffe in die Privatverhältnisse beseitigt werden kann.

§. 12.

Durch Ergänzung der Bitte kann nemlich dem Sieger leicht mehr, als er verlangte, zuerkannt, und dadurch das Rechtsverhältniß beyder Theile zu des Besiegten Nachtheil unmittelbar gestört werden. Diese Folge kann aber die officielle Erforschung der streitigen Thatsachen nicht haben, weil nur nach dem bestimmten Inn-

---

*) Handb. d. g. t. Pr. B. I. Abh. XI.

halt der Bitte, wenn auch aus dem Thatbestand mehr flöße, erkannt werden darf.

Auch kann die Gefahr, daß der Proceß weitläufiger gemacht werde, als die interessirte Parthey selbst wünscht, oder daß Privatverhältnisse aufgehellt werden, deren Geheimhaltung sie dem Siege Rechtens vorzieht, leicht dadurch vermieden werden, wenn, wie es ohnehin seyn soll, und der Appellations-Gerichts-Director Bandel *) sehr schön bemerkt hat, der Richter keinen Schritt thut, ohne die Partheyen vorher davon zu benachrichtigen, und ihnen Zeit zur Erklärung ihres allenfallsigen Gegenwillens zu gestatten. Geschieht dieses, so ist kein Eingriff in geheime Privatverhältnisse wider den Willen der Partheyen zu befürchten; denn die unterlassene Erklärung des gegentheiligen Willens gilt sodann als Einwilligung; und der Gesetzgeber ist nicht zu tadeln, wenn er diesen ohnehin äusserst seltenen Nachtheil, hoher Zwecke willen, auf eine Unterlassung setzt. Es scheint also kein Grund vorhanden zu seyn, die officielle Erforschung des Thatbestandes zu verbieten, und den Richter zu hindern, der durch den ungerechten Angriff des Gegners gefährdeten Parthey zu Hülfe zu kommen, die Wahrheit ans Licht zu fördern, dem Triumpf des Unrechts und der Chicane entgegen zu arbeiten, und als Diener der Gerechtigkeit den Sieg des Rechts zu beschleunigen und zu erleichtern.

---

*) Gutachten über die schicklichste Vereinigung der baier. und preuß. Proceßordnungen. S. 24.

§. 13.

Allein die officielle Erforschung der Thatsachen verbietet sich von selbst, und die genannten Prädicate, welche dem Richter allerdings zukommen, können erst bey dem Gegenstande der folgenden Numern ihre Bedeutung erhalten.

Es ist nemlich hier nicht von den dem Richter bekannten, oder von den Partheyen schon in ihrem Vortrag berührten, aber nicht hinlänglich entwickelten, sondern von ganz unbekannten Thatsachen die Rede.

Es leuchtet daher sofort ein, daß des Richters Bemühung in Erforschung der Wahrheit wohl selten etwas nützen kann; und daß dieser seltene Fall nur dann möglich war, wenn die betheiligte Parthey selbst in Erforschung ihrer Rechtsverhältnisse sehr saumselig war, wird ebenfalls einleuchten, wenn man bedenkt, daß sie immer besser über ihre Privatverhältnisse unterrichtet seyn muß, als es der Richter, oder überhaupt ein Dritter seyn kann. Zwar kann es Ausnahmen geben, wenn eine Parthey erst kürzlich in ein fremdes Rechtsverhältniß, z. B. durch Erbschaft getreten ist. Allein wenn gleich der Richter in diesem Falle besser, als sie unterrichtet seyn kann: so muß es ihr doch wenigstens eben so leicht, als ihm seyn, dasjenige, was beyden an den factischen Verhältnissen unbekannt ist, auszuforschen. Nicht die geringste Wahrscheinlichkeit bleibt übrig, daß der Richter hierin glücklicher, als sie, seyn würde; folglich würde derselbe nicht blos die Parthey in dem,

was ihr gebricht, unterstützen, wenn er auf Gerade, wohl dem streitigen Factum nachforschen wollte; sondern er würde sogar, wenn ein Erfolg zu hoffen wäre, eine Mühe auf sich nehmen, durch deren Umgehung die Parthey entweder ihre Trägheit, oder ihren Willen, die Sache nicht so weit treiben zu wollen, bekundet hätte; oder er würde, wo es der Parthey nicht am thätigen Willen zum Nachforschen gebrach, Unmöglichkeiten beginnen. In jenem Falle würde er den Willen der Parthey überschreiten, oder zu ihrem Knechte herabgewürdigt; in diesem Falle aber würde das Richteramt in Pedanterey ausarten. Beydes ist demselben zuwider, folglich findet keine officielle Erforschung des Thatbestandes statt. *)

§. 14.

Eine Untersuchungsmaxime in diesem Sinne widerspricht also der Natur der Sache. Kein Proceß ist aber hierauf gebaut; denn auch der preußische Richter wird

---

*) Den Criminalrichter würde freylich der Grund, daß die besiegte Parthey die Spuren der Wahrheit zu verfolgen freywillig unterlassen, und z. B. die Entscheidung dem Eide des Gegners anheim gestellt hat, von officieller Verfolgung jener Spuren nicht abhalten dürfen. Denn der Mangel an vollständiger Vertheidigung kann nicht zugleich als Einwilligung in den Verlust gelten, wodurch das Unrecht gehoben würde.

sich wegen der Untersuchung der Wahrheit nicht den Kopf zerbrechen, uud die ausdrückliche Gesetzesvorschrift *) welche die, über die in den Acten enthaltene Spuren hinansgehende, Nachforschungen verbietet, überhebt ihn dieser Mühe. Inwieferne ihm aber eine Erforschung des Partheyenwillens, um statt schwankender Vermuthungeu, wie weit sie das Recht und seine Bedingungen verlangen, vollständige Gewißheit zu erhalten, zur Pflicht gemacht sey, und wie weit diese Pflicht in der Natur der Sache liege, wird aus den folgenden beyden Numern jetzt um so deutlicher gemacht werden können, nachdem ihr Gegenstand durch das bisher Gesagte schon zur Hälfte bestimmt ist.

II.

Muß der Richter nicht wenigstens den Vortrag der Partheyen sichten?

§. 15.

Unter Sichtung des Vortrags verstehe ich diejenige Fragen und Belehrungen, wodurch der Richter die Partheyen zur nahen Bestimmung, Erörterung und Ergänzung desjenigen veranlaßt, was er in ihrem Vortrag unverständlich, unentwickelt und mangelhaft findet. Schon die Römer kannten die Frage im Proceß, als ein Mittel, den Streit bestimmt und genau zu entwickeln.

---

*) Preuß. G. O. Th. I. T. X. §. 56.

Sie stand der Parthey sowohl, als auch dem Richter zu *), und hatte den Zweck, bestimmte Erklärungen des Gegners über die Behauptungen der einen Parthey zu veranlassen, und dadurch genau zu entwickeln, worin beyde Theile einig seyen, und was am Thatbestand streitig bleibe. Sehr schön sagt das Gesetz: **) „Der Prätor will den Beklagten zwingen, ex sua in judicio responsione ut vel confitendo, vel mentiendo *sese oneret.*“ Es sollten ihm also die Schlupfwinkel der Unbestimmtheit in der Einlassung durch die Frage versperrt, und durch die Antwort ein bestimmtes Rechtsverhältniß zwischen den streitenden Theilen hergestellt werden.

Diese schöne Einrichtung gehört leider unter die Antiquitäten; nur das französische Gesetzbuch hat ***) ihr eine Stelle in dem neuen Proceß gestattet, und jeder Parthey Fragen erlaubt, welche der Gegenparthey zur Beantwortung vorgelegt, und von dem Richter amtswegen durch andere vermehrt werden können. Nur scheint der französische Proceß dem Richter die Gelegenheit benommen zu haben, auch dann, wenn die Partheyen von diesem Recht keinen Gebrauch machen, durch zweckmäßige Fragen einen bestimmten Streitstand zu erzielen. Wie unumgänglich nothwendig aber diese Frageoperation des

---

*) L. 9. §. D. de interrog. in jure.

**) L. 4. ibid.

***) Cod. de procedure civile Liv. II. T. XV.

Richters im Processe sey, wird aus folgender Deduction klar werden.

§. 16.

Wer mittelst der Sprache, sey es mündlich oder schriftlich, dem andern etwas vorträgt, hat den Zweck, in diesem die nemlichen Vorstellungen von der ihm vorgetragenen Sache zu erwecken, die er selbst davon hat. Die Erreichung dieses Zwecks setzt aber von Seite des Vortragenden voraus, daß er selbst deutliche Vorstellungen von der Sache habe, und der Sprache mächtig sey, und unter dieser Voraussetzung kommt immer noch sehr viel auf die Fassungsgabe dessen an, an den der Vortrag gerichtet ist. Deutliche Vorstellungen von einer Sache oder Geschichte kann aber nur derjenige haben, welcher die zum Verständniß derselben gehörige Kenntnisse besitzt. Es ist also, wenn man dieses auf den Vortrag im Processe anwendet, klar, daß die Partheyen den Gegenstand der richterlichen Information gehörig vorzutragen selten im Stande sind, weil sie meistens keine Rechtskenntniß besitzen.

Außerdem ist aber auch der geringste Theil der Staatsbürger der Sprache so mächtig, daß er sich deutlich und bistimmt auszudrücken vermöchte. Selten wird also eine Parthey durch ihren Vortrag den Richter gehörig zu informiren im Stande seyn.

Zwar kann dieses Uebel dadurch größtentheils gehoben werden, wenn sich die Partheyen sachverständiger

Beystände oder Anwälde bedienen, welchen man die gehörige Kenntniß des Rechts und der Sprache in der Regel zutrauen muß. Allein abgesehen davon, daß es hart und schwerlich zu vertheidigen seyn möchte, wenn man den größten Theil der Bürger in die Nothwendigkeit versetzen wollte, nur durch Mittelorgane ihre Sache an den Richter bringen zu können; wird dadurch dennoch nicht aller Ausstand in dem wechselseitigen Verständniß beseitigt. Denn auch die Advocaten können, so lange es deren nicht lauter vorzügliche giebt, nicht alle die Kenntniß und Fähigkeit besitzen, jede auch schwierige Rechtssache deutlich und bestimmt vorzutragen. Und wer kann in jedem Falle, selbst bey vollkommener Gewandtheit, für alle, oft aus Irrthum, oft aus Nachlässigkeit oder Uebereilung sich in den Vortrag einschleichende Mängel (selbst Schreibfehler können den Sinn entstellen) bürgen?

Ueberdieses liegt es in der Natur des Advocaten, und die Erfahrung lehrt es, daß derselbe die Sache einseitig vortragen, und das seiner Parthey Nachtheilige soviel möglich in Schatten stellen muß. Ich sage: muß, denn so lange der Advocat einer Streitsache keine solche Ansicht abgewonnen hat, welche seiner Parthey eine günstige Entscheidung verspricht, so lange kann er sich nicht für sie interessiren; seine Sache nicht beleben, und wird folglich seinen Clienten schlecht vertheidigen. Er muß also seiner Bestimmung gemäß die gewonnene günstige Ansicht fest im Auge behalten, und sie auch im

zweifelhaften Falle mit der Ueberzeugung, daß sie wenigstens wahrscheinlich die richtige sey, durchführen.

Hiezu kommt noch, daß der Richter selbst (wer die Information einnimmt, ist auch bey collegialischer Gerichtsverfassung immer nur eine Person) mehr oder weniger die Gabe der leichten Auffassung und Eingehung auf fremde Ansichten besitzen kann.

Es ist also in jeder Rücksicht zu erwarten, daß der ganz passive Richter, welcher den Partheyen nur das Ohr leiht, sie in ihrem Vortrag nicht immer verstehen, und daraus die nöthige Information schöpfen werde; und jeder practische Jurist, welcher sich nur beyläufig der Referate erinnert, wobey er eine genauere Erschöpfung dieser oder jener Thatsache, wenn auch die Entscheidung dadurch nicht aufgehalten wurde, gewünscht hätte, wird mir ohne Bedenken zugeben, daß die Mangelhaftigkeit solcher Informationen häufiger und wichtiger seye, als man selbst nach der entwickelten Natur der Sache glauben möchte.

§. 17.

Wie leicht ist aber diese, um mit Kant zu reden, durch blose Receptivität des Richters entstehende Mangelhaftigkeit durch Spontaneität desselben zu beseitigen? Die Natur hat die Frage als dasjenige Mittel vorgezeichnet, wodurch das Verständniß eines Vortrags erleichtert und sicher erzielt wird. Die Frage zwingt den Erzähler, die vorgetragene Sache selbst näher zu

betrachten, um sie unter andern Wendungen wieder vorbringen zu können, und oft führt sie ihn selbst erst zur deutlichen Einsicht seiner dunkeln Vorstellungen, die er eben weil sie dunkel waren, auch nur dunkel vortragen konnte.

Das Mittel zur sichern Verständigung zwischen Richter und Partheyen und zur vollständigen Entwickelung des wahren Thatbestandes ist also durch die Frage gegeben, und es ist keinem Zweifel unterworfen, daß der Richter dieses Mittel nicht nur anwenden dürfe, sondern auch müsse.

§. 18.

Der Beweis liegt in folgendem Schlußsatze: Der Richter ist verpflichtet, so weit es möglich ist, uicht blos problematisches, sondern wirkliches Recht aufzustellen; bey nicht vollständig entwickeltem Thatbestand oder mangelhafter Information würde er nur problematisches Recht aufstellen können; folglich muß er das zur Vervollkommenung der Information gegebene Mittel anwenden.

Wir haben uns bereits in der Einleitung überzeugt, daß der Richter das, was Recht ist, erkennen und feststellen müsse. Durch Aufstellung eines problematischen Rechts, von dem nemlich der Richter nicht gewiß weiß, ob es dem Gesetze und dem über das Civilgesetz herrschenden Partheyen-Willen gemäß sey, kann dieser Pflicht kein Genüge geschehen. Nur die Unmög-

lichkeit ist die Gränze der Pflicht. Wenn also der Richter aus Mangel am Beweis nicht mit Ueberzeugung Recht sprechen kann, sondern mit Ausschluß der beweißlosen Behauptungen nur nach den juristisch gewissen Thatsachen richten muß: so ist er seiner Pflicht entledigt; die ohne ihre und des Richters-Schuld unterliegende Parthey muß sich in ihr Schicksal finden. Wo der Richter aber die Gewißheit leicht erhalten konnte, und dennoch problematisch richtet, verlezt er seine Pflicht, wenn ihm gleich ihre Erfüllung möglich war. Der Obersaz bedarf also keines weitern Beweises.

Der Untersaz ist schon durch das, was eben im 17. §. ausgeführt wurde, erwiesen. Durch die blose dem Vortrag der Partheyen hingegebene Receptivität des Richters bleibt nemlich derselbe oft undeutlich, unbestimmt, und mangelhaft, oft eine erhebliche Thatsache unentwikkelt und zum Gebrauche bey der Entscheidung unreif. Der Richter kann hiebey nicht einmal vermuthen, daß diese Mangelhaftigkeit dem Willen der Partheyen gemäß sey; denn die Vermuthung streitet mit einer nahe an Wahrheit gränzenden Stärke für das Gegentheil, und dafür, daß die Mangelhaftigkeit aus blosem Unverstand, aus Unwissenheit oder Versehen entsprungen sey. Wenn z. B. der Kläger gesagt hätte, daß er dem Beklagten 100 fl. geliehen habe, und bitte, ihn zur Bezahlung des Anlehens von 50 fl. zu verurtheilen; so kann der Richter nach dem, was schon in der ersten Abtheilung gesagt

worden, nicht auf 100 fl. erkennen, er kann aber eben so wenig 50 fl. zum Innhalte seines Erkenntnisses machen, ohne problematisch zu entscheiden. Der Richter muß also bey unterlassener Frage, wo sie nöthig war, ohne Gewißheit über den Willen der Partheyen zu haben, auf Gerathewohl, folglich problematisch erkennen. Er kann daher ohne Pflichtverletzung die Frage, wo sie nöthig ist, nicht umgehen. Hier reiht sich auch diese Untersuchung, worauf schon oben verwiesen worden, an die obige Untersuchung der ersten Abtheilung an, und ergänzt als positiver Factor der richterlichen Thätigkeit bey der Information den negativen.

§. 20.

Die Frage muß übrigens überall eintreten, wo der Richter zweifeln kann, ob er die Parthey, oder auch diese sich selbst richtig verstanden habe. Gründet sich die Mangelhaftigkeit ihres Vortrags auf ihren eigenen Unverstand, so wird die Frage, indem sie, wie schon bemerkt worden, den Befragten zum genauern Reflectiren hinleitet, zugleich Belehrung, und es ist deßhalb der Begriff der unter dieser Numer abgehandelten Sichtung des Partheyenvortrags in Frage und Belehrung zugleich gesetzt worden.

Wer die zu ergänzende Mangelhaftigkeit des Vortrags einem Verzichte der Partheyen zu rechnen, und dadurch den passiven Richter entschuldigen wollte, der würde sich selbst nicht nur einer nicht zu entschuldigen-

den Härte schuldig machen; sondern auch den Verzicht seiner Natur zuwider vermuthen, und weil selten eine freywillige wissentliche Dahingebung dessen, was an der Information fehlt, als worin allein ein Verzicht bestehen kann *), vorhanden seyn würde, zu unzähligen Restitutionsgesuchen Veranlassung geben.

Daß die belehrende Frage über Thatsachen, welche von dem Gesetze einmal präcludirt sind, wenn sich später Spuren davon zeigen, z. B. über, in der Litiscontestation nicht vorgebrachte, Einreden, nicht statt finde, versteht sich ohne meine Erinnerung. Diese Strenge des gemeinen teutschen Processes hinsichtlich der Einreden, ist aber nicht zu billigen, sondern die Vorschrift des preußischen Processes, wornach dieselbe bis zum Actenschluß gegen Erstattung der durch die Verzögerung verursachten Kosten, vorgebracht werde dürfen, verdient den Vorzug. **) Der teutsche Gesetzgeber gieng hier zu weit, und wollte durch eine Lähmung des Processes bewirken, was durch eine vollständige Beherrschung desselben erreicht werden soll.

Da jedoch die Lehre von Beschränkung der Par-

---

*) Ueber Verzichtleistung darf ich meine Leser nicht erst auf Gönners treffliche Entwickelung in seinem Handb. B. I. Abh. XVIII. verweisen, da sie gewiß jedem bekannt ist.

**) Hierüber wird weiter unten §. 34 und 55 noch mehr gesagt werden.

theyen durch Fristen kein Gegenstand dieser Abhandlung ist: so kann nicht tiefer in die Präclusion der Einreden durch Verspätung eingegangen werden, und wir kehren zur Hauptsache zurück.

§. 19.

Der gemeine teutsche und der baierische Proceß erkennen zwar den Grundsatz von Sichtung des Vortrags einigermaßen an; indem sie inepte Libelle zur Verbesserung zurückgeben, und dem Richter die officielle Aufhebung des Actenschlusses gestatten. Mit vollkommener Consequenz führt ihm aber nur der preußische Proceß durch und setzt dieser Lehre durch die Vorschrift der Regulirung des Status causae et contraversiae die Krone auf.

Hier ist der Punct, auf welchem die preußische Untersuchungsmaxime ihre Beleuchtung erhält. Die Erforschung des Partheyen-Willens ist es, worin der preußische Richter selbstthätig und mit Energie handelt, nicht um einen andern Thatbestand, als die Partheyen darstellen wollen, also nicht um die Wahrheit an sich zu erforschen, sondern das was dieselbe verlangen, und warum sie es verlangen — mithin die Information mit Gewißheit zu erreichen. Daß er durch Ermahnung und Belehrung auch der Chicane Abbruch zu thun, und die Streitsucht zur Sühne zu neigen sucht, sagt der richterlichen Würde eben sowohl zu, als sie sich mit dem freyen Willen der Partheyen verträgt, denn Ermahnungen und Belehrungen enthalten keinen Zwang.

Nur die Fragen, welche Bestimmtheit des Vortrags bezielen, involviren einen indirecten Zwang, und versetzen die antwortende Parthey in die Nothwendigkeit, eine Thatsache entweder einzugestehen oder bestimmt zu lügen. Zu dem letztern hat manche Parthey, besonders wenn sie dem Gegner und dem Richter persönlich gegenübersteht, weniger Muth, als zur Hinterhaltung der Wahrheit und Umgehung des Geständnisses, was ohne directe Lüge leicht möglich ist, wenn man sich mit dem Ausdruck, daß die gegentheilige Behauptung, unerheblich, unerweislich ꝛc. sey, oder mit ähnlichen aus der Schlinge ziehen darf.

Indessen fodert auch der gemeine teutsche Proceß eine bestimmte Bejahung oder Verneinung der Thatsachen; und es ist kein Zweifel, daß im mündlichen Verfahren auch der gemeinrechtliche Richter alles dasjenige beobachten dürfe, was nach obigem dem preußischen Richter obliegt. Es ist also davon, daß der preußische Proceß ganz auf das mündliche, der gemeine teutsche aber vorzüglich auf das schriftliche Verfahren gegründet ist, abgesehen, kein qualitativer, sondern höchstens ein quantitativer Unterschied zwischen den Maximen beyder Processe über die Information vorhanden.

§. 20.

Ich nannte die Regulirung des Status causae et controversiae im preußischen Proceß die Krone des Gesetzes, welches dem Richter die Sichtung des Partheyen-

Vortrags zur Pflicht macht; und ich wünschte sehr, daß diese Operation allgemein adoptirt würde; ich muß also hiebey noch etwas länger verweilen.

Der regulirte Streitstand enthält eine kurze Darstellung des ganzen Gegenstandes der Information. Es ist also daraus ersichtlich:

1) was, und wie viel der Kläger fodert, und was und wie viel ihm der Beklagte einräumt.

2) Welche rechtliche und factische Gründe der Kläger für seine streitige Foderung habe, und welche Gründe der Beklagte hievon anerkennt, oder zugesteht, und welche er als unwahr in Abrede stellt.

Durch Vornahme dieser Operation ist also der Richter gezwungen, den Vortrag der Partheyen genau zu verarbeiten, ihre Vorstellungen in sich nachzubilden, und das Ganze zu beleben. Er muß daher die Mängel des Vortrags nothwendig gewahr werden, und kann ihre Verbesserung zeitig genug veranlassen. Ohne obigen Zwang aber interessirt sich der Richter, besonders wenn er weiß, daß er nicht zugleich Referent ist, wenig um den Vortrag der Partheyen. Die Mühe, sich in den Proceß hinein zu arbeiten, ist zu groß, als daß er durch die bloße Sorge, es möchte ein wesentlicher Mangel einschleichen, zur Uebernahme derselben vermocht werden könnte; wenigstens wird er sich mit einer oberflächlichen Prüfung eines jeden Schriftsatzes begnügen. Die Mangelhaftigkeit der Information kann aber oft nur durch gänzliche Durchdringung des streitigen Rechts

und des damit verglichenen Thatbestandes eingesehen werden. Wo also dem Richter jener Zwang nicht aufgelegt ist, wird häufig der Actenschluß wieder aufgehoben und die Information ergänzt werden müssen; und da der Referent diese Verfügung ohne offenbare Nothwendigkeit nicht gerne eintreten läßt, so wird leicht, ohne vollständige Sicherheit, folglich mehr oder weniger problematisch erkannt werden.

Nebstdem, daß die Regulirung des Streitstandes den Richter in den Proceß einzudringen zwingt, ist er zugleich die sicherste Probe über das Verständniß des Vortrags. Die Vorlegung desselben an die Partheyen zur Genehmigung enthält zugleich die Frage des Richters: ob er sie so richtig verstanden habe? und ihre Genehmigung ist Bejahung, ihre Erinnerung Berichtigung. Die Regulirung des Streitstandes ist daher auch der Schlußstein der richterlichen Frageoperation. Sie, diese Regulirung, bringt Bestimmtheit und Einheit in den Proceß und erhebt ihn zu einem des Richteramts würdigem Ganzen.

Ich glaube daher, daß Bandels Vorschlag *) wegen Aufnahme dieser Vorschrift in das neue baierische Gesetzbuch über den Civilproceß den vollkommnesten Beyfall verdiene; und wiederhole meinen gewiß durch keine Bequemlichkeitsliebe des Richters motivirten Wunsch hiefür.

---

*) In dem oben angeführten Gutachten S. 20 und 21.

III.

Muß der Richter im Vortrage der Partheyen nicht berührte Thatsachen und Beweismittel, so weit sie ihm bekannt sind, anregen?

§. 21.

Wir haben schon oben die Ueberzeugung gewonnen, daß der Richter den Thatbestand nicht amtswegen erforschen, und eben so wenig den Streitgegenstand ergänzen dürfe; um so weniger aber darf er den Thatbestand ergänzen, und es scheint einer Ergänzung sehr ähnlich zu seyn, wenn der Richter im Vortrag der Partheyen gar nicht berührte Thatsacheu und Beweismittel in Anregung bringt. Man dürfte daher eine nähere Untersuchung dieser Frage für überflüßig, und ihre Verneinung ohnehin für unbezweifelt halten. Allein der Unterschied zwischen bloßer Anregung, welche nur darin besteht, daß die Partheyen an übersehene Data erinnert oder auf unbekannte aufmerksam gemacht werden, und zwischen der Ergänzung, welche den richterlichen Gebrauch derselben in sich faßt, kann bey genauerer Ansicht nicht verborgen bleiben, und ein Blick ins Leben wird uns die Frage interessanter machen.

Betrachten wir folgendes Beyspiel:

Paulus entlehnt 1000 fl. von seinem Nachbar Reichmann; nach einigen Jahren zahlt er das Kapital zurück, führt den Gläubiger vor Gericht und läßt ihn sein Bekenntniß über die Heimzahlung des Anlehens zu Pro-

tccoll geben. Späterhin stirbt Paulus, und hinterläßt dem mit der Geschichte unbekannten Erben unter seinen Papieren wohl die Nachricht, daß er 1000 fl. vom Nachbar Reichmann entlehnt, und wieder heimbezahlt habe; aber eine Quittung, sey es, daß sie verlohren gegangen, oder daß sich der Erblasser keine Abschrift von dem gerichtlichen Empfangsbekenntniß des Gläubigers geben ließ, findet sich nicht vor. Reichmann, der vielleicht von dem Verhältniß unterrichtet ist, benützt die Gelegenheit, und trit mit einer Anlehensklage gegen den Erben auf. Dieser setzt wohl den Zahlungseinwand entgegen, hat aber kein Beweismittel. Er nimmt daher zur Eideszuschiebung seine Zuflucht. Der Kläger leistet den Eid; — und der Richter, wenn er sich gleich des Protocolls, worin das Empfangsbekenntniß desselben enthalten ist, erinnert, läßt, anstatt es in der Registratur aufzusuchen, und dem Beklagten zum Gebrauche anzubieten, den Eid schwören und verurtheilt den Beklagten zur Zahlung! —

Ich zweifle, ob ein Richter an dem Grundsatz: keine factische Einrede (man setze Beklagter habe durch seines Erblassers Papiere irre geleitet nicht den Zahlungseinwand, sondern einen andern, den des Erlasses, gebraucht, um das Beyspiel auch hiefür passend zu machen) und kein Beweismittel dürfe amtswegen ergänzt werden, so gewissenhaft hangen werde, daß er in diesem Falle seine Wissenschaft verschweigen würde; und ich zweifle nicht, daß jeder Leser die Unrichtigkeit der Aus-

dehnung jenes Grundsatzes auf Verschweigung bekannter Thatsachen und Beweismittel fühlen müsse. Ein richtiges Gefühl ist aber in der Natur der Sache gegründet, und muß daher auch bewiesen werden können.

Zuvörderst müssen wir, um die Einwirkung des ganz richtigen Grundsatzes, daß nichts Factisches ergänzt werden dürfe, zu beseitigen, und unsern Weg genauer zu bezeichnen, den Unterschied zwischen Ergänzung und Anregung oder Belehrung genau in's Auge fassen.

Durch die Ergänzung einer Thatsache, ist gezeigt worden, kann leicht in die Rechte der Partheyen eingegriffen werden, weil der Richter den die Rechte bestimmenden Willen derselben für den Gebrauch der Thatsachen nur vermuthen, nicht aber wissen kann. Die Belehrung dagegen hat es blos mit dem Verstande zu thun, welcher kein Rechtsverhältniß bestimmt. Sie stellt es den Partheyen frey, den ihnen ertheilten Unterricht zur Rechtsvertheidigung zu benützen, oder unbenützt zu lassen. Es wird dadurch blos die Vermuthung beseitigt, daß eine Parthey ihr Recht nur aus Irrthum, Unwissenheit oder Versehen verliere, und den Triumph des Unrechts möglich mache; eine Vermuthung welche sich dem Richter jederzeit aufdringt, wenn er wahrnimmt, daß eine Parthey wichtige Thatsachen, die ihr ausdrücklich verlangtes Recht unterstützen, oder gar bedingen, anzuführen unterläßt, und welche auch die schon abgehandelte Vorsorge wegen Befragung der Partheyen über unentwickelte Thatsachen nöthig macht. Schon hieraus

erhellet, daß die Belehrung der Partheyen über unbekannte Thatsachen und Beweismittel dem Richteramt wenigstens nicht widerspreche.

Nehmen wir zu unserm schon im Eingange erwiesenen Satze, daß der Richter nach Recht richten müsse, unsere Zuflucht, und bringen wir damit den Untersatz in Verbindung, daß der Richter durch Unterlassung der in Rede stehenden Belehrung unrecht richten, wenigstens *problematisches* Recht aufstellen müsse: so scheint zwar der Beweis für die rechtliche Nothwendigkeit dieser Belehrung geführt zu seyn.

Allein man wird uns einwenden, daß der Richter, welcher nur als Privatperson den Thatbestand besser als die Partheyen wissen kann, nicht als solcher von dem *in Bezug auf diese Wissenschaft* ausgesprochenen Unrecht *Kenntniß* habe, daß er in der Eigenschaft als Richter nicht anders, als nach den Acten erkennen konnte, und durch die Unmöglichkeit, das bessere Recht aufzustellen seiner Pflicht entledigt sey. Man wird uns den Grundsatz: quod non est in actis, non est in mundo, entgegenstellen, und daraus folgern, daß die Möglichkeit, das Recht zu erkennen für den Richter nur nach seiner richterlichen, nicht aber nach seiner Privatwissenschaft, bemessen werden dürfe.

Wenn wir diesem Einwand dadurch begegnen: daß die Wissenschaft, welche der Richter aus den Registraturacten, wenn auch nicht gerade aus den individuellen Proceßacten, schöpft, nicht als Privatwissenschaft zu be-

trachten sey, weil er sie wenigstens gelegentlich seines Amtes erhält, daß er mithin wenigstens von dieser Wissenschaft Gebrauch machen müsse: so sind wir zwar einen Schritt weiter, und hätten den Beweis wenigstens zum Theil, und in Bezug auf das angegebene Beyspiel geführt. Allein wenn man einmal den Begriff des Richters von seiner Privatperson trennt; so läßt sich der Begriff desselben wohl auch nach den einzelnen Processen, in denen er als Richter handelt, trennen, und der Satz: quod non est in actis, non est in mundo, kann nicht als gleichlautend mit dem angesehen werden: quod non est in Registratura, non est in mundo.

Diese Zersplitterung der Begriffe, so wenig sie auf das practische Leben paßt, muß in der Theorie allerdings statt finden, und die Wahrheit kann nur dadurch eingesehen werden, wenn jeder Begriff einzeln durch die Anschauung belebt wird. Wir sind also noch nicht einmal mit der Hälfte unsers Beweissatzes im Reinen.

Soll der Richter als Privatperson die Partheyen zu belehren verbunden seyn: so muß er auch in dieser Eigenschaft das Unrecht abzuwenden die Pflicht auf sich haben; denn nur die Abwendung des Unrechts ist Zweck der Belehrung. Ist aber diese Pflicht in der Wahrheit gegründet: so muß sie auch jedem Dritten obliegen; und der Beweis hiefür kann nicht aus den Grundsätzen des Privatrechts, viel weniger der davon abhängigen Proceßtheorie geführt werden; weil das Privatrecht nur die Freyheit der Einzelnen zum Gegenstand hat, und

das Individuum, als solches, sich um die Freyheit des andern nicht zu bekümmern hat. Wir werden also diesen Beweis, soweit es diese Blätter gestatten, im Staatsrechte suchen müssen.

§. 22.

Der Staat ist, wie schon aus der Einleitung erhellet, keine willkührliche, aus der Individualität der Menschen hervorgehende, sondern eine tief in seiner universellen Anlage gegründete nothwendige Vereinigung mehrerer Menschen. Sein Zweck beschränkt sich so wenig auf die Sicherheit, als der Zweck des Menschen auf die Nahrung des Leibes, weil diese vielleicht sein erstes Bedürfniß war, beschränkt ist. Alle Bedürfnisse, die der Mensch vermöge seines allgemeinen Characters (seiner universellen Anlage) hat, oder in der Zukunft haben wird, sind, oder werden Gegenstand des Staatszwecks *), und von dieser Seite gehört der Mensch ganz dem Staate an. Er ist, wenn gleich eines selbstständigen individuellen Lebens sich freuend, ein Glied des organischen Staatskörpers; und als solches kann er nicht sich allein, sondern muß auch zugleich dem Staate leben. Er darf das Leben der übrigen Mitglieder nicht als ihm fremd mit gleichgültigen Augen ansehen. Wenn es daher ein Verbrechen ist, ein Mitglied zu beschädi-

---

*) Daher er auch am besten nach dem unbestimmten Begriff des allgemeinen Wohls definirt werden kann.

gen: so gehört es nicht minder unter die Verbrechen, eine solche Beschädigung, wo sie ohne eigene Verletzung hintertrieben werden könnte, wissentlich geschehen zu lassen. Der, welcher ein Verbrechen geschehen läßt, hat vor dem Verbrecher nur das voraus, daß er nicht zugleich auch eines Unrechts sich schuldig macht. Der Verbrecher verletzt neben dem Staatsrecht zugleich das Privatrecht; der, welcher ein Verbrechen geschehen läßt, nur das Staatsrecht. Nur die Verletzung an dem Staat kann der Staat amtswegen bestrafen. In den ältern Zeiten, in welchen der Staat sich noch wenig oder gar nicht gebildet hatte, wurden deßhalb die Verletzungen der Privaten, nur auf Anrufen der Verletzten oder ihrer Erben, und nur mit Privatstrafen gebüßt. Erst die weitere Ausbildung des Staats führte darauf, daß der Staat auch in den Individuen — als seinen Gliedern, verletzt werde. Eben deßwegen werden aber auch die übrigen Mitglieder, weil ihr universelles Leben durch den Staatskörper, folglich auch durch seine Glieder bedingt ist, durch die Beschädiguug eines Einzelnen verletzt.

Wer diese Beschädigung, wenn er es ohne eigenen Nachtheil vermag, nicht abwendet, beweißt demnach, daß er von dem allgemeinen Leben, vermöge dessen er dem Ganzen angehört, und den Schaden des einzelnen Gliedes mitfühlen müßte, nichts in sich trage, folglich selbst ein schadhaftes, verdorbenes, todtes Glied sey.

Schadhafte, und verdorbene Glieder werden von

dem Arzt, wie von dem Gärtner abgeschnitten, oder durch dienliche, wenn auch scharfe und ätzende Mittel curirt. Eben so handelt der Staat, wenn er straft, und hierauf beruht die ganze Strafrechtstheorie. *) Es ist daher auch ganz vergebliche Mühe, einen qualitativen Unterschied zwischen Verbrechen und Unrecht aufzusuchen; er besteht lediglich in dem Unterschied zwischen Verletzung des Staates und Verletzung des Gliedes desselben, wovon jene immer mittelbar in dieser enthalten ist. Selbst der Unterschied zwischen offizieller und Hülfsthätigkeit des Staats, welcher in der Einleitung erörtert worden, und erst durch die Wirklichkeit Realität erhält, kann höchstens nur die Gränze zwischen solchen Verbrechen, welche der Beleidigte verzeihen kann, und solchen,

*) Die Androhungs- oder psychologische Zwangstheorie ist eben darum unhaltbar; und es sind keine unbedeutende Mängel, daß sie

1) den Gesetzgeber das Recht, das er nur aussprechen sollte, erschaffen läßt, indem nach ihr ohne vorgängige Androhung keine Strafe statt finden kann; und

2) daß sie die Strafedrohung als ein wirksames Mittel, Verbrechen zu hindern, voraussetzt, da doch Erfahrung und Psychologie einstimmig das Gegentheil beweisen.

Ohne diese Voraussetzung könnte nemlich die den Vollzug nothwendig nach sich ziehende Strafedrohung nicht gerechtfertigt werden.

welche er nicht verzeihen kann, begründen; je nachdem sie nemlich blos dasjenige, was der Staat seiner Freyheitssphäre zugetheilt hat, oder dasjenige verletzten, was dem freyen Willen entzogen ist. Denn das Individuum ist, da der Staat aus organischen Gliedern besteht, mit seiner ganzen Freyheit ein Staatsmitglied, und der Staat wird also auch in der Freyheit seiner Bürger verletzt. *)

Wir haben also nunmehr die Unterlassung einer ohne eigene Gefahr leicht möglichen Verbrechens-Hintertreibung selbst als ein, mit dem (Privat-) Unrecht nicht concurriendes Verbrechen bezeichnet, und zugleich erwiesen, daß jedes Unrecht ein Verbrechen in sich schließe, weil dasselbe nur in Verletzung der Freyheit eines Staatsmitglieds bestehen kann. Wir werden demnach auch keinen Augenblick zweifeln können, daß es der Gesetzgeber dem Richter zur Pflicht machen müsse, auch durch Entdeckung seiner Privatwissenschaft Unrecht zu hindern, folglich die Partheyen über die Gegenstände seiner Wissenschaft zu belehren, und wir haben den in der Proceßtheorie vermißten Beweis unseres Satzes im Strafrecht überzeugend gefunden.

§. 23.

Noch einige Bemerkungen mögen hier nicht am unrechten Orte stehen:

---

*) Sonst wäre z. B. der Diebstal kein Gegenstand des Strafrechts.

1) Durch seine der betheiligten Parthey unbekannte Privatwissenschaft kann der Richter leicht in das Verhältniß eines Zeugen treten. Dies geschieht, sobald die Gegenparthey das angezeigte Factum bestreitet, und die Wissenschaft des Richters, worüber er die eine Parthey belehrte, nicht blos die von dieser erst zu verfolgende Spuren des Factums, sondern das Factum selbst betrifft. Seine Privatüberzeugung würde seine Unpartheylichkeit leicht bestreiten, und es würde ihm z. B. schwer werden, eine nicht erwiesene Thatsache als juristisch nnwahr zu verwerfen, von der er doch gewiß wüßte, daß sie wirklich wahr sey. Er muß also in diesem Falle als Richter ab-, und als Zeuge auftreten. *) Wenigstens mnß es der Gegenparthey frey stehen, das erstere zu verlangen (ihn zu perhorresciren). So lange aber kein Streit über das Factum abwaltet, wenn nemlich die betheiligte Parthey sich des ihr eröffneten Factums gar nicht bedienen wollte; wenn die Gegenparthey dasselbe zugesteht, oder wenn die Eröffnung blos die Spuren, einem Factum nachzuforschen betraf: so steht dem Richter nichts im Wege, sein Amt zu erfüllen; er bleibe unbedenklich auf seinen Posten.

*) Ein Zeuge, welcher sich selbst zum Zeugniß meldet, erfüllt nur seine Bürgerpflicht, und kann unmöglich verdächtig seyn, insoferne nicht vermuthet werden muß, daß eine Collision mit einer Parthey dahinter stecke.

2) Die Belehrung ist von der Berathung verschieden. Wer Jemand einen Rath ertheilt, ist für das Gelingen desselben interessirt. Das Mißlingen beweißt, daß er schlecht gerathen habe, daß es ihm mithin an Einsicht oder gutem Willen gebrach. Wenigstens ist der Anschein wider ihn; und Niemand will gerne als unwissend oder böse erscheinen. Rathgeber darf also der Richter nie seyn.

Dagegen läßt es derjenige, welcher nur Belehrung giebt, dem Belehrten freygestellt, was er wählen, wie er die Belehrung benützen wolle. Die Belehrung äussert ihren Einfluß nur auf den Verstand des Belehrten; der Rathgeber motivirt den Willen des Berathenen.

3) Die Belehrung kann in der Anwendung keiner Schwierigkeit unterworfen seyn; kann keine Proceßverzögerung zur Folge haben. Das nemliche gilt von der in der vorigen Numer abgehandelten Sichtung des Vortrags der Partheyen. Der Proceß fodert eine ununterbrochene Communication zwischen dem Richter und den streitenden Theilen. Ist diese mündlich, so bedarf es ohnehin weniger Worte; und ist sie schriftlich, so ist ein Decret mit einem kurzen Termine zur Erklärung das geeignete Mittel. Beym schriftlichen Verfahren tritt aber die Nothwendigkeit der Belehrung seltener ein, weil dasselbe durch rechtsverständige Subjecte betrieben wird. Und auf jeden Fall wiegt die dadurch erzielte Sicherheit und Be-

stimmtheit der Information den kleinen Zeit- und Kostenaufwand hinreichend auf.

IV.

Darf der Richter die Wahl der Partheyen zwischen schriftlichem und mündlichem Vortrag beschränken?

§. 24.

Der Vortrag der Partheyen hat keinen andern Zweck, als den Richter über dasjenige, was die Partheyen verlangen, den Streitgegenstand, und über die Gründe, warum sie es fodern zu können glauben, über den Thatbestand zu unterrichten, mit einem Wort ihm die zur Entscheidung nöthige Information zu verschaffen. Dieser Zweck kann sowohl durch schriftlichen als auch mündlichen Vortrag erreicht werden; folglich muß es jeder Parthey freystehen, welcher Art des Vortrags sie sich bedienen wolle. Der Obersatz ist von selbst klar; denn der Richter kann von den Partheyen, um seine Pflicht zu erfüllen, nichts weiters, als vollständige Information fodern; so bald ihm diese ertheilt ist, muß er, vermöge seines Amts, den Streit entscheiden. Der Untersatz ist nicht weniger außer Zweifel; denn die Schrift ist ein eben so taugliches — oft noch besseres Vehikel der Spracht, als es die Rede ist; nur der Schluß bedarf einiger Erläuterung.

Es fragt sich nemlich erstens, warum soll nach

der Natur der Sache (von der positiven Gesetzgebung, welche hierdurch erst begründet werden soll, abgesehen) die Wahl des Vortrags nicht eher dem Richter, als den Partheyen freystehen? warum soll er nicht zur eigenen Bequemlichkeit einen schriftlichen Vortrag vorschreiben dürfen. Ich antworte, weil die Partheyen nicht des Richters, sondern der Richter der Partheyen wegen da ist; weil er ihre Freyheit, deren Schutzgott er seyn soll, nicht weiter, als es die Möglichkeit zu schützen fodert, beschränken darf, ohne mit sich selbst in einen Widerspruch zu gerathen, weil, wie schon gezeigt wurde, der freye Wille das Element des ganzen Privatrechts — folglich auch des Processes in Bezug auf die Information ist.

Frankreichs unerreichter Regent hat seinem unauslöschlichen Helden- und Herrscherruhm dadurch die Krone aufgesetzt, daß er die bürgerliche Freyheit der staatsrechtlichen Nothwendigkeit, das Civilrecht dem Staatsrecht, das individuelle Leben jedes selbstständigen Gliedes, dem allgemeinen Leben des organischen Staatskörpers gleichgestellt hat; denn Freyheit und Nothwendigkeit sind die beyden Factoren des Staats, das Leben jedes in sich selbst organischen Gliedes ist so unantastbar und heilig, als das Leben des ganzen Organismus. Baierns weiser König hat dieses richtige Princip in seinem Reiche ebenfalls zu beleben bereits den Anfang gemacht. Schon sind alle Gerichte mit mehrern Richtern besetzt, und die Privatrechte gegen die Laune und Willkühr eines

einzelnen gesichert; schon ist das Gesetzbuch über die Privatrechte größtentheils dem Publikum in die Hände gegeben, und die Vollendung desselben in allen Theilen nebst dem Gesetzbuch über den Proceß wird nicht zurückbleiben. Warum sollte man das einmal richtig aufgefaßte Princip nicht ganz durchführen, warum der bürgerlichen Freyheit im Kleinen versagen, was ihr im Großen schon gegeben ist? Bandels Gründe *) gegen die mündliche Verhandlung der Klage, und Exception sind nicht stichhaltig. Der erste: daß dem Richter dadurch zu viele Zeit und die nöthige Geistessammlung geraubt werde, zerfällt durch das, was eben gesagt wurde, denn wenn die bisherige Zahl der Richter nicht hinreichte, müßte sie vermehrt werden, bis sie zureichte; die Natur der Sache schreibt diese Zahl vor, die Erfahrung muß sie bestimmen. Wenn dieselbe auf Kosten der Freyheit vermindert werden dürfte, wo wäre die Gränze der Verminderung und der daraus entspringenden Beeinträchtigung des Privatrechts. Ein bis zur Unzulänglichkeit beschränktes Mittel steht mit sich im Widerspruche. Der zweite Einwand: daß die Sache durch die Schrift des für seine Parthey interessirten Advocaten vollständiger (richtiger gewiß nicht) behandelt werde, als durch das Protocoll des — einer guten Darstellung des beyderseitigen Vortrags nicht immer

*) Das oben angezeigte Gutachten. S. 10. u. ff.

gewachsenen Instruenten, scheitert an dem Willen der Partheyen. Wo dieser gewiß ist, kann keine Vermuthung, daß das Gegentheil besser wäre, und selbst die Gewißheit hievon, nicht entscheiden.

§. 25.

Eine weitere Frage, deren Entscheidung zur Erörterung des obigen Schlusses erforderlich ist, besteht darin: ob nicht wenigstens eine Parthey das Recht habe, zu verlangen, daß die andere sich in der Art des Vortrags nach ihr richte? Die Bejahung würde keinen Anstand haben, sobald es gewiß wäre, daß eine Art des Vortrags zur schleunigen und sichern Ausmittelung des streitigen Rechts ein besseres Mittel sey, als die andere. Diese Gewißheit wäre allein, aber auch unumgänglich erforderlich; denn andere, auch noch so wichtige Vortheile oder Nachtheile eines Verhandlungsact können beym Dissens der Partheyen gar nichts entscheiden. Einstimmig können sie einen kleinen oder großen Vortheil einer Verfahrungsart der sichern und schnellen Rechtsentscheidung vorziehen (volenti non fit injuria). Wenn sie z. B. beyde vom Sitze des Gerichts weit entfernt sind, kann ihnen der schriftliche — umgekehrt der mündliche Vortrag; vom streitigen Recht abgesehen, besser zustatten kommen; allein im Fall des Dissenses kann nur die Beschleunigung, verbunden mit der Sicherheit der Rechtsentscheidung den Ausschlag geben. Jeder Bürger kann sein Recht auf dem kürzesten Weg

verfolgen, sollte diese schnelle Verfolgung dem Gegner auch noch so schädlich seyn. Qui utitur jure suo, nemini facit injuriam. Eben so unstreitig ist Jeder die gegen ihn gemachte ungerechte Angriffe auf dieselbe Weise abzuwehren befugt. Die Entscheidung der aufgestellten Frage hängt also von der Frage ab; ob eine von den beyden möglichen Arten des Vortrags schneller, und weil die Sicherheit des Rechts durch die Eile nicht gefährdet werden darf, zugleich sicherer zum Ziele führe?

Daß die mündliche Art des Vortrags schneller zum Ziele führe, leuchtet ein; denn es wird dabey wenigstens die Zeit, welche die schriftliche Communication fodert, erspart. Ja es ist sogar unläugbar, daß auch in Beziehung auf das Materielle des Vortrags beym mündlichen Verfahren in einem Tage mehr geschehen könne, als beym schriftlichen in mehrern Monaten geschieht.

Allein es leuchtet andererseits ebensosehr ein, daß das schriftliche Verfahren mehr Sicherheit gewähre, als das mündliche. Das Privatrecht hängt oft von so feinen Verhältnissen und Verwickelungen ab, daß sie selbst der unpartheyische Instruent auf der Stelle nicht auffassen und übersehen kann; viel weniger können es, wenn man auch die schuldige Wahrheitsliebe voraussetzt, die durch ihr Interesse befangene Partheyen. In einer oder einigen Stunden kann man nicht sicher seyn, alles so genau aufgesucht und erwogen zu haben, als es der Advocat aufsucht und erwägt, wenn er statt der Stunden, Tage, auf eine schriftliche Proceßhandlung ver-

wendet.*) Mit Recht würde also die für den schriftlichen Vortrag sich erklärende Parthey, der andern, wenn diese den mündlichen Vortrag von ihr verlangte, entgegen setzen, daß sie ihr die Gelegenheit, sich möglichst vollständig und sicher zu vertheidigen, benehmen wolle; so wie sie umgekehrt sich auf die Befugniß, ihr Recht, so viel an ihr liegt, schnell zu verfolgen, und ihren Vortrag auch mit Aufopferung der Sicherheit zu beschleunigen, mit allem Grunde berufen könnte.

Es muß also den Partheyen unbenommen bleiben, die sichere Information des Richters der schnellen, oder diese jener vorzuziehen. Die Anwendung leidet ohnehin keine Schwierigkeit. Eine auf die eingekommene schriftliche oder mündliche Klage, Exception u. s. w. angesetzte Tagesfahrt zur Einreichung der Gegenhandlung läßt der Parthey die Freyheit, sie bis dahin schriftlich oder an derselben mündlich einzubringen.

§. 26.

Nun noch einen Blick auf den französischen Proceß! Der französische Richter, mit Ausnahme des Friedensrichters, läßt die Partheyen ihre Schriften zuerst aussergerichtlich**) wechseln, (durch den Huissier insinuiren)

---

*) Was Bandel in seinem Gutachten S. 10 u. ff. hierüber anführt, stimmt ganz mit diesen Behauptungen überein, wenn gleich die Folgerung verschieden ist.

**) Ich verstehe hier aussergerichtlich im Gegensatz der

hört ihren mündlichen Vortrag (Plaidoceries) in der Session und entscheidet dann auf der Stelle, — wenn es ihm möglich ist. Außerdem aber läßt er sich die gewechselten Schriften vorlegen, und erst, wenn ihn diese nicht hinreichend informiren, verweißt er die Sache zur gerichtlich-schriftlichen Verhandlung. *)

Der franz. Proceß weicht also von den bisher erörterten Grundsätzen darin ab, daß er die Wahlfreyheit der Partheyen im Vortrage beschränkt, und nicht für die Verständigung zwischen Richter und Partheyen sorgt. Jenen Mangel hat er mit dem gemeinen teutschen, baierischen und preußischen Proceß gemein; dieser ist ihm aber allein eigen.

Hievon abgesehen macht er aber auch die Ausnahme zur Regel. Ausnahme ist es, wenn der Richter durch den mündlichen Vortrag in den Stand gesetzt wird, auf der Stelle zu entscheiden. Der wievielste Richter hat eine so schnelle Fassungskraft, aus dem sich widersprechenden Vortrag zweyer Partheyen sich einen auch nur einigermaßen verwickelten Thatbestand in allen seinen zugestandenen und abgeläugneten Nüancen eigen zu

---

Verhandlungen, welche unter den Augen des Richters vorgehen, und seine Information bezwecken.

*) Code de procédure civile Liv. II. Tit. IV. V. VI. Vergleiche auch:
Dabelow Archiv für den code de proced. civ. etc. Stück I. S. 49. u. ff.

machen? — Und der wievielste von den Wenigen, die diese Gabe besitzen, hat die Gesetzkenntniß und Beurtheilungskraft, welche erfodert werden, eine auch nur wenig zweifelhafte Rechtsfrage sofort richtig zu entscheiden? Ich sage, Gesetzkenntniß und Beurtheilungskraft; denn um ein auch an sich deutliches Gesetz richtig zu verstehen, dazu gehört, sey auch das Gesetzbuch noch so vollkommen, ein vergleichender Ueberblick aller Gesetze, oder vielmehr gesetzlichen Grundsätze, über die verwandte Rechtsmaterien. Dadurch ergiebt sich oft ein anderer Sinn, als aus dem einzelnen Gesetze hervorzugehen scheint. Der mit dem besten Gedächtniß begabte Richter wird aber nicht sicher seyn können, daß er ohne Nachdenken und Nachschlagen keines der verwandten Gesetze, wodurch das richtige Verständniß des anzuwendenden Gesetzes vermittelt wird, vergesse und übersehe; ja er kann nicht einmal darüber sicher seyn, daß er das richtige Gesetz anwende, weil, wenn er auch eine passende Gesetzstelle bey der Hand hat, sein Gedächtniß ihm nicht so schnell die Gewißheit gewährt, ob unter den demselben nicht gerade gegenwärtigen Gesetzen, nicht ein specielleres für den gegebenen Fall existire.

Welcher menschliche Richter kann hiernächst überzeugt seyn, daß er vielleicht, wenn er morgen bey einer verschiedenen, heiterern und nüchternern Gemüthsstimmung seine Ueberlegung wiederholte, nicht ein anderes Urtheil fällen würde. Um durch Ueberlegung vollständige Ueber-

zeugung zu erlangen, muß man dieselbe öfters wiederholen, und sich dadurch in den Stand setzen den Gegenstand der Beurtheilung, und ihre Regeln in gehöriger Beziehung auf einander festzuhalten, und nach erwogener allseitiger Richtung der Urtheilskraft den wahren Gesichtspunct zu fixiren.

Nur selten besitzt ein Mensch eine dieser Gaben in so hohem Grade, daß er einen eben so schnellen als richtigen Gebrauch davon machen könnte, und die Vereinigung beyder Gaben im hohen Grade ist, da Gedächtniß und Urtheilskraft meistens im umgekehrten Verhältniß stehen, nur bey einem ausgezeichneten Genie zu finden.

Der mündliche Vortrag wird also in der Regel nicht genügen, um den Richter in den Stand zu setzen, das Recht zu erkennen; sondern er wird der Schrift bedürfen, um den Vortrag dem Gedächtnisse aufzubewahren, und mit mehr Muße darüber nachdenken zu können. Er wird also in der Regel, wenn sich die Parthey des mündlichen Vortrags bedient, denselben niederschreiben (protocolliren) müssen.

Der französ. Richter nimmt nun zwar zu dem aussergerichtlichen Schriftenwechsel seine Zuflucht; allein wegen Mangel der Sichtung ihres Innhaltes, und wegen unterbliebener Belehrung der Partheyen, wird derselbe oft zur nöthigen Information nicht hinreichen; es wird also jetzt erst, nach fruchtlos verschwendeter Zeit und Mühe, ein gerichtlich-schriftliches Verfahren beginnen müssen.

Dieser aussergerichtliche Schriftenwechsel ist also in der Regel unzweckmäßig.

Wenn dagegen der Richter aus dem mündlichen Vortrag der Partheyen hinreichenden Unterricht geschöpft hat, und das streitige Recht selbst keiner langen Ueberlegung bedarf, was in Bagatellsachen häufig, bey wichtigern Gegenständen aber auch zuweilen der Fall ist: so wäre eine weitläufige Protocollirung des Vortrags unnütz und zwecklos. Es ist hinreichend, wenn der Vortrag in die Urthelsgründe eingeflochten wird.

Das französische mündliche Verfahren, vorzüglich, wie es bey den Friedensgerichten statt findet, und womit die im königl. baier. Edict über das Justizwesen v. 24. Juli 1808. §. 14.*) enthaltene Grundzüge übereinstimmen, wird also in vielen Fällen anwendbar seyn. Nur würde ich, um die Wahlfreyheit der Partheyen nicht zu beschränken, und in Bagatellsachen, welche, wie weiter unten gezeigt werden soll, kein verschiedenes Verfahren begründen können, kein Unrecht zu begehen, folgende Modification vorschlagen. Die Klage wird, wenn sich der Kläger persönlich meldet, kurz zu Protocoll genommen; der Kläger, wenn die Sache nicht weitaussehend ist, sofort auf eine bestimmte Tagesfahrt zum commissorialischen Verfahren vorgeladen. Der Beklagte wird unter Mittheilung der Klage gleichfalls hiezu citirt. Kommt er indessen mit seiner Exception schriftlich ein:

---

*) Regierungsblatt von 1808. St. XXXXIV.

so kann im Termine nur die Replik des Klägers aufgenommen werden. Erscheinen aber beyde Theile persönlich: so bespricht sich der Instruent mit ihnen. Kommt er hierdurch in's Reine: so entwirft er sofort das Urtheil, dessen Gründe den Streitstand darstellen, läßt es von den Mitgliedern des Collegiums genehmigen, und schreitet zur Publication.

Sieht er aber, daß er durch mündliche Besprechung nicht ins Reine kommt: so protocollirt er den wechselseitigen Vortrag, und läßt den Proceß seinen Gang gehen. Da zu dieser Besprechung höchstens eine Stunde nöthig, bey verfehltem Zweck aber die dadurch erhaltene Information dem Instruenten bey der weitern Verhandlung brauchbar ist: so ist durch den mißlungenen Versuch nichts verlohren; wogegen bey seinem Gelingen ein großer Zeit- und Kostenaufwand erspart wird.

Nach gelöster Aufgabe des ersten Abschnitts gehen wir nun zum zweiten über.

Zweiter Abschnitt.

Von dem Proceß als Form.

Erste Abtheilung.

Von den verschiedenen Proceßarten.

§. 27.

Unnütze und unrichtige Eintheilungen haben der Wissenschaft überhaupt, und im Processe insbesondere mehr geschadet, als man glauben möchte; denn Verwechselung der Begriffe und Verwirrung der wahren Ansicht ist die unvermeidliche Folge davon.

Es giebt eine Verschiedenheit der Processe nach ihrem Rechtsgegenstand. Man erinnere sich des Concurs-, Pacht-, Bau-, Rechnungsprocesses u. s. w. Da über jedes, auch das kleinste Object, welches Gegenstand des Privatvermögens seyn kann, auch zugleich ein Rechtsstreit entstehen kann: so ist das Feld dieser Abtheilung die unendliche Vielheit selbst; und man würde bey consequenter Durchführung, weil jeder einzelne Proceß seine individuelle Eigenheit hat, die Proceß-

arten ins Unendliche erweitern, man würde Hühner- und Taubenprocesse u. s. w. statuiren können.

Zwar lassen sich die Objecte des Rechts — die Vermögenstheile und die Rechte an denselben, welche eigentlich die Proceßgegenstände sind, nach allgemeinen Merkmalen classificiren; es sind daher wissenschaftliche Eintheilungen des Proceßobjects denkbar. Allein diese Eintheilungen darf man nicht auf den Proceß übertragen; sie gründen sich auf Begriffe, die von dem Begriff des Processes verschieden sind. Durch Uebertragung jener Eintheilungen auf den Proceß muß sonach eine Verwirrung jener Begriffe mit dem Begriff des Processes entstehen.

Dem Practiker können solche Eintheilungen nach dem Object gute Dienste leisten; die Registratur z. B. mag sich immerhin nach ihnen arrangiren; denn der Practiker hat es mit dem Leben zu thun, aus dem der Begriff noch die Anschauung entlehnt. Für letztern können jene allgemeine Merkmale des Objects nur als individuelle Bezeichnungen dienen, denn er wird dadurch nicht verändert. In der Theorie muß daher der Begriff von seinem Objekt, der Anschauung, streng unterschieden, und die Eintheilung des Objects darf nicht mit der Eintheilung des Begriffs verwechselt werden. Der Proceß, als Begriff, muß alle Processe, welche über einzelne Objecte möglich sind, unter sich fassen, wenn gleich jeder einzelne Proceß seine individuelle Eigenheiten hat, durch welche seine Anwendung

bedingt und modificirt wird, als worüber in der folgenden Abtheilung Mehreres vorkommen soll.

§. 28.

Nebst den mehrern Processen über mehrere Rechtsgegenstände kann es auch mehrere Processe über einen und denselben Rechtsgegenstand geben. Denn der Rechtsgegenstand ist, wie schon bemerkt worden, von dem Proceßgegenstand verschieden; jener besteht in dem, was mein oder dein genennt werden kann, dieser in dem Recht, vermöge dessen etwas mein oder dein ist.

Hiezu, etwas als das Seine anzusprechen, kann der Kläger mehrere Rechte oder Klaggründe haben; und ebenso können dem Beklagten mehrere Einwendungen zustehen, welche den Klagegrund entweder aufheben, oder weil sie sich selbst zum Klagegrund qualificiren, ihn ausschließen. Wenn ich z. B. eine mir eigenthümliche Sache meinem Bruder zur Aufbewahrung oder als Faustpfand übergebe, und nach seinem Tod als Erbe in seinen Nachlaß trete: so kann ich diese Sache, wenn sie mir abhanden kommt, als Eigenthümer oder als Erbe fodern; und ebenso kann ich, wenn sie ein anderer von mir fodert, mein Erb- oder mein Eigenthumsrecht entgegen setzen.

Wird bey der Concurrenz mehrerer solcher Rechtsgründe eine Absonderung derselben in der Information vorgenommen, und z. B. die Instruction des einen aus-

gesetzt, bis es klar wird, ob nicht der andere allein zur Entscheidung des Streits hinreicht; so entsteht blos eine Spaltung eines und desselben Processes in mehrere Zweige; als wovon in der dritten Abtheilung die Rede seyn wird. Wenn dagegen einer von mehrern solchen Gründen im ersten Proceß bey der Rechtsentscheidung gar nicht in Betrachtung kommt, und sodann nach entschiedenem Streit zu Begründung eines neuen Processes benützt wird; so entsteht eine Vervielfältigung des Processes.

Daß die Verschiedenheit dieser durch Vervielfältigung entstehenden mehrern Processe über dasselbe Rechtsobject, von der obenbemerkten Verschiedenheit nach mehrern Rechtsobjecten eigentlich gar nicht unterschieden sey, folglich eben so wenig eine wissenschaftliche Eintheilung begründe, fällt in die Begriffe. Es giebt aber Fälle, in welchen die positiven Gesetze eine solche Trennung der Rechtsgründe ausdrücklich vorschreiben; wenigstens, wie im Executivproceß, Einwendungen zum besondern Processe ad separatum verweisen, und den Streit zum erstenmal nur nach einem Theil der für und gegen vorgebrachten Rechtsgründe entscheiden.

In diesen Processen wird also der Streit nicht erschöpft und doch entschieden, folglich entsteht eine Eintheilung in

erschöpfende, und

nichterschöpfende

Processe, wobey nicht übersehen werden darf, daß diejenigen Processe, in welchen die Partheyen einen Theil der Rechtsgründe freywillig zurückbehalten, allerdings zu den erschöpfenden zu rechnen sind, indem hier der Richter den ganzen Innhalt der Information bey der Entscheidung berücksichtigt, und nur die Partheyen die Information nicht erschöpfen.

Es entsteht aber hiebey zugleich die Frage: ob letzteres, daß die Partheyen einen Theil ihrer Rechtsgründe für einen zweiten Proceß sparen, von den Gesetzen gestattet werden dürfe?

Eine weitere Proceßeintheilung wird von der Verfahrungsart hergenommen; da aber diese Eintheilung mit der Eintheilung der Verfahrungsarten steht oder fällt, und von der letztern in der folgenden Abtheilung dieses Abschnitts die Rede seyn wird: so ist in dieser Abtheilung nur die Frage zu behandeln:

1) ob der Gesetzgeber nichterschöpfende Processe (in welchen Einreden ad separatum verwiesen werden), statuiren, und

2) ob er den Partheyen die Aufsparung eines Theils ihrer Rechtsgründe für einen neuen Proceß gestatten soll?

I.

Soll der Gesetzgeber nichterschöpfende Processe statuiren?

§. 29.

Processe, welche in ihrer Entscheidung das streitige Recht nicht erschöpfen, und in Bezug auf den noch übrigen Streit auch provisorich genannt werden können, sind der Arrestproceß, das Interimisticum (sonst auch Provisorium genannt) dann der Executivproceß, und nach gemeiner Meynung auch der Proceß über den Besitz.

Der Arrestproceß und das Interimisticum haben aber eine Eigenheit, welche den übrigen beyden nicht zukommt. Während diese das ganze Object des streitigen Rechts umfassen, und durch das sie beendigende Erkenntniß einer Parthey zutheilen, verbreiten sich jene nur über einen Theil dieses Objects (des streitigen Gutes). Der Arrestproceß bezweckt blos eine theilweise Anticipirung der künftigen Execution, und das Interimisticum bezielt nur einen provisorischen Zustand nicht von einem zum andern Proceß, sondern während des einen Processes. Dasselbe Merkmal kommt dem Arrestproceß zu, und es gehört auch der Punct einer Cautionsleistung hieher. Sie sind daher beyde unter dem Begriff des Interimisticums begriffen.

Das Interimisticum fodert einen eigenen kurzen Gang, es ist aber kein eigener Proceß, sondern nur ein Theil desselben, ein Zwischenproceß. Es kann

nur eintreten, wenn der Satz, daß während des Streits alles beym Alten bleiben soll (pendente lite nil innovandum) nicht zureicht.

In diesem Falle ist nemlich eine Rechtshülfe *nöthig*, ehe sie durch den Proceß geleistet werden kann; und da dieser das einzige Schutzmittel des Civilrechts ist: so sehen wir in solchen Fällen, wo während des Processes schon Hülfe geschaft werden muß, das Civilrecht von seinem eigenen Erhaltungsmittel verlassen, sich selbst nicht genügend, und fremder Hülfe bedürftig.

Diese Hülfe leistet ihm das Regierungsrecht. *Die* Regierung bestimmt den Civilrechtszustand einstweilen, bis die Wirkung des civilrechtlichen Schutzmittels eintretten kann. So wenig also das Interimisticum einen eigenen Proceß begründet, so wenig liegt es eigentlich *im* Geschäftskreis des Civilrechts; sondern es ist ein Ausfluß der Policeygewalt. Es muß aber dessen ungeachtet am füglichsten dem Civilrichter überlassen bleiben, weil es nur eine Aushülfe bezweckt, und nicht weiter als diese nöthig ist, wirken darf; der Civilrichter aber *allein* es wissen kann, wie weit sie nöthig ist. Denn die Gränze ist durch den Nothfall, worin die Aushülfe nöthig wird, nicht bestimmt, sondern wird erst in *jedem* einzelnen Fall durch den wirklichen Mangel an civilrechtlicher Hülfe gegeben. Es müssen daher immer zuerst die Bestimmungen des Rechts — soweit sie vorläufig bekannt sind, berücksichtigt, und nur das Uebrige darf aus einem fremden Gebiete ergänzt werden.

Wir sehen demnach, daß das Interimisticum als Zwischenproceß nicht nur kein eigener Proceß ist, welcher eine Proceßeintheilung begründen könnte; sondern daß er vielmehr gar keine civilproceßualische Natur hat, und nur dem Nothfall einer fremden Aushülfe sein Daseyn verdankt.

§. 30.

Der Executivproceß, welchen der gemeinrechtliche, baierische und selbst der preußische Proceß kennt, ist dagegen ohne Zweifel ein, in dem oben bezeichneten Sinn den Rechtstheil nicht erschöpfenden Proceß und das Erkenntniß, wodurch er (definitiv) beendigt wird, ist — nicht interimistisch, sondern provisorisch. Er verweißt die nicht sofort zu liquidirenden Einreden des Beklagten ad separatum, und verurtheilt ihn zur Leistung des ganzen Rechtsgegenstandes (Gutes) worüber gestritten wird. Er begnügt sich also nicht, die Disposition einer Parthey, wodurch die Realisirung des Rechts einer Zeit vereitelt werden könnte, während des Processes, wie z. B. durch den Arrest zu beschränken, oder durch theilweise Leistung für die Gegenparthey, wie z. B. bey Alimenten, eine Vorsorge zu treffen; er verurtheilt definitiv, ohne das Recht zu erschöpfen, und realisirt dasselbe, ohne zu wissen, ob es sich bey Erschöpfung der Vertheidigung nicht als Unrecht dargestellt haben würde. Er nimmt und überläßt es einem andern Proceß, das Genommene wieder zu erstatten.

Der Proceß ist das Mittel, das streitige Recht ans Licht zu bringen; der Executivproceß verfehlt diesen Zweck.

Verbände man ihn mit dem zweiten, welcher *übrig* gelassen wird, zu Einem Proceß: so würde er zwar in ein Interimisticum umgewandelt; der Richter hatte dann seine Aufgabe durch das Urtheil, worin der Beklagte condemnirt wird, noch nicht gelöst; seine Thätigkeit wirkte noch immer für den Hauptzweck des Processes, und das Gehäßige verlöre sich. Allein eines Theils steht der Executivproceß, den wir in der Erfahrung finden, wirklich als selbstständig da, und läßt sich nicht mit dem Interimisticum zusammen werfen; andern Theils kann kein Interimisticum über das ganze streitige Rechtsobject definitiv disponiren. Es könnte z. B. die Deposition des gefoderten Kapitals, oder eine Sicherheitsbestellung verfügt, es könnte — meinetwegen — ein Theil desselben dem Kläger, wenn er sich sonst nicht vor dem Hungertod retten könnte, ausgehändigt, ja es möchte alles, aber nur das nicht verfügt werden, was erst nach erschöpfter Klage und Vertheidigung rechtlich verfügt werden kann.

Man beschränkt zwar den Executivproceß auf Foderungen (der preußische Proceß auf Geldsummen), welche sich auf gerichtliche Urkunden gründen, und keinen Zweifel übrig lassen (documenta quarendigiata), und sagt, daß nicht blos Erkenntniß, sondern vorzüglich Realisirung des Rechts Proceßzweck sey; daß es hart wäre,

wenn der Kläger mit seiner klar bewiesenen Foderung durch die vielleicht absichtlich zur Verzögerung vorgebrachte, nur mit vielem Zeitaufwand erweisliche Einwendungen des Beklagten hingehalten werden dürfte, u. d. gl. m.; denn aus dem Satze: daß das Liquide nicht mit dem Illiquiden vermischt werden dürfe, ist, da er von zweyerley verschiedenen Foderungen spricht, offenbar kein Grund für den Executivprozeß herzuleiten.

Allein ist es denn nicht doppelt hart für den Beklagten, wenn er ungehört verurtheilt, und des streitigen Rechts beraubt wird, ehe man ihm den Gebrauch des civilrechtlichen Schutzmittels gönnt? Was heißt dieses Verfahren anders als den Proceß mit der Execution anfangen? Wenn aber die Liquidität der Foderung bey schwer erweislichen Einreden ein solches Verfahren rechtfertigen könnte; warum sind denn die Gesetze so inconsequent, daß sie es nicht in jedem andern gleichen Falle auch eintretten lassen? Ist denn z. B. die ganz beweislose, aber vom Beklagten bey der Litiscontestation eingestandene Klage weniger gewiß, als die auf gerichtliche Urkunden gegründete? Warum verweißt man den Beklagten nicht auch hier mit weitaussehenden Einreden ad separatum?

Noch mehr! warum, wenn man consequent seyn will, wendet man das nemliche Verfahren nicht auch auf die Replick, Duplick, u. s. w. an? Wenn der Beklagte seine Einrede sofort bewiesen hat, und der Kläger eine weitaussehende (factische) Replick entgegensetzt; so

befindet er sich in derselben Lage, in welcher der Kläger nach erwiesener Klage stand. Reus excipiendo fit actor. Warum wird Kläger jetzt nicht ab- und mit der Replick zum besondern Proceß verwiesen? Wenn der Beklagte gleich dadurch in der Hauptsache nichts gewönne, müßte es doch wenigstens auf den Kostenpunct Einfluß haben. Was von der Exception und Replick gesagt ist, gilt auch von der Duplick, wenn sie liquid, und eine weitaussehende Triplick entgegengesetzt wird; u. s. w.

Werden also illiquide Einreden ad separatum verwiesen, so muß mit der Replick, Duplick u. s. w. auf gleiche Weise verfahren werden; und dieses Verfahren muß nicht blos dann, wenn die Klage, Exception ꝛc. durch Urkunden, sondern auch dann, wenn sie durch Geständniß liquid gemacht sind, eintretten.

Wenn diese Ausdehnung des Executivprocesses widerrechtlich wäre, woran Niemand zweifeln wird, so muß es auch der Executivproceß selbst seyn; und ich wundere mich, nur allein Herrn v. Schelhaß *) als einen Gegner desselben unter den mir bekannten Schriftstellern anführen zu können.

Indessen kennt weder der französische Code de procédure civile, noch auch nach Herrn v. Schelhaß Zeugniß **) die österreichische Gerichtsordnung den bisher

---

*) Magazin des baier. Staats- und Privatrechts, B. I. S. 412. §. 94.

**) loc. cit.

bezeichneten Executivproceß. Möge unsere Gesetzgebung, wenn sie uns mit einer neuen Proceßordnung beschenkt, diesen Beyspielen folgen!

§. 31.

Nachdem die Widerrechtlichkeit des Executivproceßes, nicht blos in Bezug auf seine Eigenheit, sondern überhaupt die Widerrechtlichkeit eines nichterschöpfenden Processes (eines provisorischen Erkenntnisses) in dem oben entwickelten Sinne erwiesen ist *): so folgt von selbst, daß auch der posseßorische Proceß, wenn er diese Eigenheit hat, widerrechtlich sey. Die Lehre hierüber ist aber so verwickelt, daß man zur Ehre der positiven Gesetzgebung billig zweifeln darf, ob sie nichterschöpfende possessorische Processe kenne?

Es giebt, haben wir oben gesagt, so viele verschiedene Processe, als es Vermögenstheile giebt; auch giebt es über einen und denselben Vermögenstheil so viele verschiedene Processe als es Rechtsgründe giebt, aus denen sie Jemand fodern kann. Das positive Gesetz erkennt ein Recht des Besitzes, der Besitz kann also Gegenstand einer Klage, eines Processes seyn. Es kennt Rechtsmittel, den Besitz zu erlangen, zu erhalten und wieder

---

*) Wer wünscht, daß ich bey diesem Beweise noch ausführlicher gewesen seyn möchte, den bitte ich dasjenige noch damit zu vergleichen, was in der folgenden Nr. II. vorkommen wird.

zu erreichen (remedia adipiscendo, retinendo, recuperando possessionis). Es kennt ein Recht, vermöge dessen Niemand eigenmächtig des Besitzes, unangesehen seiner Rechtlichkeit, entsetzt werden darf. Es muß *also* verschiedene possessorische Klagen, folglich auch verschiedene possessorische Processe geben. Es muß Rechtsmittel geben, welche der Kläger, die bisherigen Gesetze vorausgesetzt, nach dem, was wir oben bemerkten, hintereinander anstellen kann. Wer mit der Spolienklage abgewiesen ist, kann sein Heil in einer auf das Besitzrecht gegründeten Klage suchen. Dieses Recht kann unmittelbar im Gesetze gegründet seyn, ohne daß ein juristischer Besitz vorausgegangen ist, z. B. bey der bonorum possessio haereditatis, oder es kann blos daraus hergeleitet werden, daß der Kläger schon juristisch besessen hat. Wer mit einer auf den letzten Grund angestellten Klage abgewiesen ist, kann (nach positivem Gesetze) zu dem unmittelbar aus dem Gesetz fließenden Besitzrecht seine Zuflucht nehmen.

Davon ist hier nicht die Rede. Unsere Frage geht dahin: ob der Richter Einreden, welche gegen eine possessorische Klage vorgebracht werden, ungehört zu einem besondern Processe verweisen dürfe, wie im Executivproceß geschieht?

Wenn man einem großen Theil der Rechtslehrer trauen darf: so giebt es ein dreyfaches Possessorium, summariissimum, summarium und ordinarium, je nachdem es sich um den jüngsten, den factischen Besitz, oder

das Besitzrecht handelt; und wenn diese Eintheilung nicht in blose Worte zerfallen, und mit dem, was von verschiedenen Rechtsobjecten, Rechtsfällen u. s. w. eben gesagt worden ist, identisch seyn soll: so wird im possessorischen Proceß z. B. der Beklagte, welcher der Spolienklage entgegensetzt, daß er schon früher den untadelhaften Besitz gehabt, und sich ihn nur wieder verschaft habe, mit diesem Einwand zum besondern Proceß verwiesen. Wendet in diesem der Kläger, nunmehriger Beklagte, ein, daß ihm das Besitzrecht zukomme: so erfährt er gleiches Schicksal und gewinnt erst im dritten Processe zum zweitenmal, was er im ersten gewonnen, im zweiten aber verloren hatte. — Sollten die Gesetze so mit dem Rechte spielen? Nein, sie kennen diese Spielung nicht, und wir wollen annehmen, daß es auch die Rechtslehrer nicht so gemeint, sondern ihre Proceßeintheilung nur von dem Proceßobjecte (dem Genus actionis) hergenommen, und unter ihrem dreyfachen Besitzproceß nur die Rechtsmittel verstanden haben, welche dem Kläger zustehen, und wovon er, wenn er mit dem ersten nicht ausreicht, zum zweiten greifen kann; u. s. w.

Die positiven Gesetze nehmen nur bey einer Klageart im Processe, nemlich bey der Spolienklage auf gewisse Einwendungen keine Rücksicht. Sie werden aber hier nicht zum besondern Processe (ad separatum) verwiesen, sondern sie werden ganz verworfen, weil das

Gesetz den Spoliator derselben für verlustig erklärt *). Der abgewiesene Beklagte kann sich also derselben nicht als Kläger nunmehr zu einem neuen Proceß bedienen. In allen übrigen possessorischen Processen müssen *alle* Einreden gehört, erschöpft *) und es muß darüber erkannt werden. Es bleibt also wohl dem Kläger wie in andern Processen, wenn er abgewiesen ist, ein neues Rechtsmittel, nicht aber dem Beklagten ein bey Seite gewiesener Einwand übrig, den er nun *als Klage*grund benützen könnte. Ob ihm aber nicht ein verschwiegener Einwand, worüber also, weil er nicht vorgebracht worden, auch nicht erkannt wurde, ebensowohl als dem Kläger ein hinterhaltener Rechtsgrund, zur Anstellung einer neuen Klage diensam seyn könne, darüber wird in der folgenden Numer das Geeignete ausgeführt werden.

Der Proceß als Begriff, bleibt also auch im Besitzproceß derselbe, und dieser Proceß hat nichts Eigenes, als was in jedem Falle das Individuelle des Gegenstandes, der streitenden Theile, u. s. w. mit sich bringt, und wodurch sich auch jeder andere einzelne Proceß von allen übrigen als einen bestimmten (individuellen) unterscheidet.

---

*) Savigny Abhandlung über den Besitz S. 387 u. 459.

**) Die baier. G. Ord. Cap. III. §. 4. No. 4. verordnet dieses ausdrücklich.

Eine verkehrte Ansicht des possessorii summariissimi, welches allerdings kein Hirngespinst ist, möchte wohl die meiste Verwirrung in diese Lehre gebracht haben. In einem jeden Processe gilt nemlich der Grundsatz: daß keine Neuerung vorgenommen werden soll (pendente lite nihil innovandum). Ist nun im Besitzproceß der jüngste Besitz selbst streitig: so wird ein Interimisticum nöthig, welches nach den teutschen Reichsgesetzen in der Sequestration besteht. Jedes Interimisticum fodert eine doppelte Untersuchung, nemlich, ob überhaupt eine interimistische Verfügung nöthig sey, und worinn sie bestehen soll. Findet sich im Besitzproceß, daß ein Theil wirklich besitze, den jüngsten Besitz habe: so fällt die interimistische Verfügung hinweg, die Untersuchung über das Interimisticum ist geendet, und der Antrag auf diese Verfügung wird abgewiesen. Das possessorium sumariissimum ist also nichts weiters als eine Untersuchung des Interimisticums, und muß jederzeit eintretten, wenn der jüngste Besitz streitig ist. Dieses Interimisticum hat das Eigene, daß, wenn der Antrag auf eine vorläufige Verfügung abgewiesen wird, der Besitz, über welchen im Processe entschieden werden soll, selbst den provisorischen (interimistischen) Zustand ausmacht. Darum hat man dieses Interimisticum im Besitzproceß mit dem Besitzproceß verwechselt, und hatte man einmal zwey Besitzprocesse, so fand sich leicht auch der dritte.

Die baierische Proceßordnung *) stimmt ganz mit der entwickelten Ansicht der Besitzstreitigkeiten überein; die hierher gehörigen Verfügungen sind also in einem neuen Gesetzbuch beyzubehalten; nur möchten sie einer deutlichern Fassung bedürfen.

II.

Soll der Gesetzgeber den Partheyen die Aufsparung eines Theils ihrer Rechtsgründe für einen neuen Proceß gestatten?

§. 32.

Daß nach den positiven Gesetzen der mit einer Klage abgewiesene Kläger, eine neue Klage auf einer andern, in der vorigen Klage nicht enthaltenen Rechtsgrund bauen, zu einem andern *genus actionis*, seine Zuflucht nehmen könne, ist bekannt; nicht Gleiches aber wird dem Beklagten gegönnt, wenn auch seine Einwendungen sich zu Klagegründen qualificiren. Wenn nach dem schon oben angegebenen Beyspiel der Kläger eine, seinem Bruder geliehene und wieder geerbte Sache mit der Erbschaftsklage fodert, so kann er, hiemit abgewiesen, zur Vindication seine Zuflucht nehmen. Wenn aber der Beklagte im gleichen Fall nur den Einwand, daß er die Sache geerbt habe, entgegensetzt, so wird er, zur Herausgabe verurtheilt, ohne Hülfe des Rechts-

*) Cap. 3. §. 4. u. 5.

mittel der Restitution nicht die Eigenthumsklage erheben können; denn bey der Litiscontestation nicht angebrachte Einwendungen werden präcludirt *)

Zu dieser Ungleichheit zwischen den streitenden Theilen ist jedoch kein Grund vorhanden. Klagegründe und Einwendungen sind immer nur Rechtsgründe, warum die Sache einer oder der andern Parthey angehören soll. Läßt man jene zur Vervielfältigung der Processe trennen, warum nicht auch diese. Führt man an, daß für den Beklagten nichts verloren ist, wenn der Kläger das erstemal abgewiesen wird; so ist für diesen noch weniger verloren, wenn er einstweilen die Sache erstreitet, bis der Beklagte im zweiten Proceß das Verlorne wieder erobert. Das Gesetz kann also von der Beschuldigung einer Inconsequenz nicht gerettet werden. Entweder müssen auch nicht angebrachte Klagegründe präcludirt oder es muß den nicht vorgebrachten Einwendungen, soferne sie sich zur Klage qualificiren, ein Platz in einer neuen Klage gestattet werden. Ohne Zweifel hat das Gesetz durch die Präclusion verschwiegener Einwendungen einen

---

*) Mir ist wenigstens nicht bekannt, daß die Rechtslehrer, vielweniger das Gesetz, die Einreden hierin unterschieden. Nur im nichterschöpfenden (Executiv-) Proceß versteht es sich von selbst, daß eine ganz verschwiegene Einrede eben so wohl, als eine ausdrücklich ad separatum verwiesene, zu Anstellung einer neuen Klage (conditionis indebiti) dienen könne.

guten Schritt gethan, wir werden also behaupten können, daß auch der zweite noch gethan werden solle.

§. 33.

Jeder Proceß hat ein Rechtsobject, eine sinnliche oder intelligible Sache aus der Sphäre des Mein und Dein zum Gegenstand. Ein Proceß um des Processes willen ist undenkbar. Wer auch um ein ganz nutzloses Ding (um den Rain in Gellerts Fabel) streitet, der bezweckt wenigstens die Befriedigung seines Ehr- oder Freyheitsgefühls, er will wenigstens zeigen, daß er nicht unrecht habe, oder daß er frey und ungehindert über das nutzbare Ding disponiren könne. Eben so wenig kann ein Rechtsgrund Zweck des Processes seyn, alle Rechtsgründe sind nur Mittel, zum Rechtsobject zu gelangen. Zwischen der Rechtsvertheidigung, worunter im Allgemeinen auch des Klägers Angriff gemeynt ist, und dem Rechtsgegenstand muß demnach ein Verhältniß, wie zwischen Mittel und Zweck statt finden. Jede Parthey muß bey ihrer Rechtsvertheidigung zweckgemäß handeln. Ohne Widerspruch mit sich selbst und ohne die Rechtsvertheidigung, oder, da diese von ihrem Standpunct aus Proceß ist, ohne den Proceß zum Selbstzweck zu machen, kann sie die Zweckgemäßheit unmöglich aus dem Auge verlieren. Wer demnach seine Rechtsvertheidigung trennt, der trennt das Verhältniß zwischen ihr und dem Proceß. Dieses Verhältniß der Zweckgemäßheit wird halbirt, und die

Vollständigkeit des Processes, vermöge deren es seinem Zwecke, dem Objecte des Rechtes ganz genügen soll, wird zernichtet. Der Proceß wird zur Halbheit, und kann nur in Verbindung mit einem zweiten, als seinem Zwecke entsprechend, gedacht werden. Halb gethan, heißt nichts gethan. Es ist daher ein Widerspruch, die Rechtsvertheidigung, welche den Proceß ganz ausfüllen soll, zu zerstückeln, und den Proceß zu vervielfältigen.

Indessen liegt dieser Zerstückelung etwas Naturgemäßes zum Grund, wie denn jede Erfahrung die Natur zum Grunde hat, und da wo sie unrichtig genannt werden muß, die Unrichtigkeit nur in einer schiefen Stellung besteht.

So zweckwidrig nemlich eine halbe Rechtsvertheidigung ist, so unnütz und zwecklos ist sie, wenn sie das Ziel überschreitet. Wenn also ein Rechtsgrund hinreicht, um dem Kläger die verlangte Sache zu verschaffen: so hat er nicht nöthig, einen zweiten ausmitteln zu lassen. Dieser führt zu der in der dritten Abtheilung enthaltenen Lehre, daß mehrere Rechtsgründe in der Information getrennt, und der Proceß in mehrere Zweige gespaltet werden müsse. Dadurch entsteht aber keine Vervielfachung des Processes; denn wenn die Instruction des einen Zweiges nicht zum Ziele führt, wird die Instruction des zweiten verfügt; das Erkenntniß, welches dem ganzen Proceß Einheit giebt, bleibt suspendirt, bis so viel an dem Thatbestand klar ist, als zur

erschöpfenden Entscheidung erfodert wird. Es werden also bey diesem Verfahren alle Rechtsgründe für und wider angegeben, gehört, und nur die als überflüßig erkannte von der Information ausgeschlossen. Sie werden daher im Erkenntniß mit berücksichtigt, denn sie werden als überflüßig erkannt.

Ganz anders verhält es sich, wenn sie verschwiegen, und falls sie nicht überflüßig gewesen wären, zu einem neuen Proceß gebraucht werden. Hier entstehen zwey Processe, wovon der eine unnütz ist. Der Zweck, welchen Ein Proceß ganz umfassen soll, wird erst in dem zweiten erreicht. Es entsteht eine widernatürliche Verzerrung des einen und nemlichen Processes; die Momente der Information werden zu einzelnen Processen erhoben.

Die schädlichen Folgen dieser heillosen Proceßvervielfältigung leuchten von selbst ein; es bedarf also keiner Ausführung derselben. Eben so wenig bedarf es einer weitern Beseitigung des Einwands, daß der Schaden die Interessenten nur selbst treffe; denn ein zweckloses Verfahren kann der Richter, wenn es auch dem Partheyen-Willen gemäß wäre, nicht gestatten. Wenn aber auch die wesentliche Folge der Abweisung (oder Verurtheilung, wenn wir vom Beklagten eine gleiche Freyheit in Halbirung der Rechtsvertheidigung annehmen) auch nur denjenigen trifft, welcher seine Rechtsvertheidigung getrennt hat; so trift doch die Proceßvervielfältigung auch den Sieger. Diesem kann es nicht gleich-

gültig seyn, wenn ihn sein Sieg nicht vor neuen Angriffen schützt.

Der Gesetzgeber baue also auf dem schon so glücklich angefangenen Wege fort, thue noch den zweiten Schritt, und mache es dem Kläger, alle seine Rechtsgründe in der Klage anzugeben, eben sowohl zur Pflicht, als es dem Beklagten bereits zur Pflicht gemacht ist, alle Einwendungen bey der Litiscontestation vorzubringen.

Daß übrigens nach dem Processe sich erst ergebende, neu aufgefundene Rechtsgründe ihre Stelle im Restitutionsproceß finden müssen, versteht sich von selbst.

Schließlich möchte ich vorschlagen, daß sowohl Klagegründe als Einwendungen nicht gleich Anfangs präcludirt, sondern während des ganzen Processes, nur mit der Beschränkung, daß jede Parthey die Kosten der Verspätung trage, zugelassen würden.

Die Partheyen werden oft erst durch den nicht vermutheten Widerstand des Gegners aufmerksam gemacht, und zur genauern Verfolgung ihrer Rechtsgründe gezwungen. Es wäre daher sehr hart, wenn man die gründliche Untersuchung ihres Rechtsverhältnisses ihnen gleich Anfangs bey Verlust der übersehenen Momente ihrer Rechtsvertheidigung zur Pflicht machen wollte; und die Milderung dieser Härte führt zu Restitutionsprocessen, welche zweckmäßiger dem ersten Processe einverleibt werden können.

Zweite Abtheilung.

Von den verschiedenen Verfahrungsarten.

§. 34.

Bekanntlich theilt man das Verfahren im Processe in das ordentliche und summarische (warum nicht unordentliche?). Jenes soll mit allen Proceßformalitäten geschmückt, dieses kürzer und *einfacher* seyn. Die Gränze zwischen beyden, insoferne man sie nicht allenfalls durch den Unterschied zwischen mündlichen und schriftlichen Vortrag bestimmen will, ist unbestimmt, und noch unbestimmter sind die Fälle, in welchen eine oder die andere von beyden angewendet werden soll. Man nimmt jedoch gewöhnlich die Bagatellsachen, dann präparatorische und Incidentpuncte nebst mehrern andern für das summarische Verfahren in Beschlag.

Es ist bereits zur Genüge erwiesen, daß jeder besondere Proceß seine individuelle Eigenheiten hat. Seine Verwickelung ist durch die individuellen Verhältnisse gegeben; und von dieser Verwickelung hängt auch die Weitläufigkeit des Processes ab; denn die Entwickelung der Verhältnisse, des Thatbestandes, soweit es die Möglichkeit der vollständigen, sichern Entscheidung fodert, ist der einzige Zweck aller Procedur. Das Verfahren ist also in jedem Processe eben so individuell, als der Proceß selbst, und es kann hier so wenig von einer wissenschaftlichen Eintheilung des Verfahrens die Rede

seyn, als oben eine wissenschaftliche Eintheilung des Processes nach seinem Gegenstande möglich gefunden wurde.

Wie viele, und welche Formalitäten nöthig seyen, kann hiernach nur durch die Individualität eines jeden Rechtsstreites bestimmt werden; denn alle Formalitäten können nur die Ausmittelung des Thatbestandes und die sichere Rechtsentscheidung bezwecken.

Sollte das Gesetz für eine bestimmte Klasse von Processen weniger Formalitäten vorschreiben, als für eine andere: so müßte es sich bey jener mit einer geringern Rechtssicherheit als bey dieser begnügen, oder es müßte ganz zwecklose Formalitäten statuiren *).

*) Eine nicht zwecklose, sondern zweckwidrige Formalität sind z. B. die Beweisartickel. Welche Thatsachen eine Parthey durch Zeugen beweisen wolle, kann zwar die Parthey bestimmen, aber den Zeugen nach Artickeln befragen (von dem barbarischen Ja und wahr! desselben ist ohnehin keine Rede) heißt seiner Aussage — folglich der Wahrheit Fesseln anlegen; denn der Zusammenhang seiner Vorstellungen, worin er die Geschichte aufgefaßt hat, und kennt, wird dadurch zerrissen. Was weist du von dieser Thatsache oder Geschichte (nicht von einem einzelnen Moment derselben), ist die einzige vernünftige Frage, die einem Zeugen vor seiner Aussage vorgelegt werden kann; und nur zur Erläuterung sind weitere Fragen nöthig, welche aber aus der Antwort des Zeugen geschöpft werden müssen. Auch

Jenes scheinen die Rechtslehrer anzunehmen, wenn sie bey Bagatellsachen u. s. w. ein summarisches Verfahren anerkennen. Es fragt sich, ob hiefür ein Grund in der Natur der Sache liege?

§. 35.

Unstreitig kann der Grund, den man dafür annimmt, nur in der Geringfügigkeit des Gegenstandes gesucht werden. Da nun mit der Entscheidung präparatorischer und selbst der Incidentpuncte (man denke sich die Restitutionsgesuche gegen peremtorische Einlassungs- oder Beweistermine) oft zugleich über die Hauptsache entschieden ist: so leuchtet es von selbst ein, daß bey wichtigen Proceßgegenständen das summarische Verfahren ohne Verletzung der Rechtssicherheit selbst in präparatorischen und Incidentpuncten keine Anwendung finden *könne*. Allein darf denn der Rechtssicherheit in geringfügigen Sachen etwas vergeben werden? Die Gegenstände, um welche es sich in dem bürgerlichen Proceß handelt, gehören der bürgerlichen Freyheitssphäre an. Die bürgerliche Freyheit fodert aber nicht blos eine *gleiche* Behandlung aller Bürger, welches im Regierungsrecht den Character der Gerechtigkeit ausmacht, sondern eine völlige Schrankenlosigkeit des Individuums innerhalb der Sphäre des Civilrechts.

Gönner, Arch. der Gesetzgebung Bd. III. H. I. S. 131.

bricht (Gottlob!) den Beweisartikeln den Stab.

Der Staat könnte auf den Einfall kommen, nach Fichtes Naturrecht alles vorhandene Vermögen unter die Bürger gleich zu vertheilen, und zur Erhaltung der Gleichheit auch eine gleiche Benutzungsart vorzuschreiben. Die Gleichheit wäre dadurch vollkommen erreicht, aber die Freyheit fände in derselben ihren Untergang. Wie würde der Geizige, welcher an einem blanken Thaler in der Tasche mehr Vergnügen hat, als an einem feinen Rocke, sich beschweren; und wie würde der Prachtlustige, welcher glänzende Meubles mehr liebt als Gold, über Unrecht klagen, wenn man jenen zur Vertauschung seines blanken Geldes mit einer anständigen Kleidung zwingen, und diesem die Verwandlung seines Goldes in zierliches Meublement verbieten wollte? Und beyde hätten einen hinreichenden Grund hiezu; denn sie wären in ihrer Freyheit verletzt und nicht einmal mit demjenigen, dessen Neigung zu der vorgeschriebenen Oeconomie paßte, subjectiv gleichgestellt; ihnen wäre der Genuß, welcher immer nur *subjectiv* ist, versagt, während er dem letztern gestattet wäre.

Die Individualität ist es also eigentlich, welche im Civilrecht lebt und webt, und welche durch den Proceß geschützt werden muß. Dieselbe im Processe beschränken widerspricht seinem Zwecke geradezu, und es ist eine offenbare Beschränkung derselben, wenn demjenigen, der sein Rechtsobject *) nicht freywillig aufzu-

*) Ich sage Rechtsobject, sey es auch nur ein ideelles;

geben Lust hat, sondern vielleicht einen großen Werth darauf legt, die Verfolgung desselben nicht bis an die Gränze der Möglichkeit gestattet wird.

Die Unwichtigkeit der Rechtsverletzung, denn das ist jede Verletzung der Individualität innerhalb den Gränzen des Civilrechts, wird hoffentlich nicht zum Einwande dienen sollen; denn ein Mittel (der Proceß) soll sich auch im Kleinen nicht widersprechen, und eine Unvollkommenheit, die vom freyen Willen des Staats abhängt, ist so wenig vorwurfsfrey als die Unvollkommenheit des Menschen im Privatleben, wenn sie nicht in der Nothwendigkeit gegründet ist.

Daß Baierns Gesetzgebung, welche längstens das durch den Zeitgeist herbeygeführte thätige Bestreben, auch den Bürger so wohl, als den Regenten in seine Rechte einzusetzen, und das Privatrecht nicht weniger, als das Regierungsrecht zu vervollkommnen, mit allgemeinen Beyfall des Inn- und Auslandes bekundet hat, auch diese bisher ohnehin nur in der Theorie und dem Gesetze*)

---

denn das Recht als leerer Begriff ist kein Gegenstand der individuellen Freyheit, wie schon oben §. 34. bemerkt worden.

*) Ich sage: nur in der Theorie und dem Gesetze; denn welcher Richter wird wohl in der Praxis die Rechtssicherheit, die Erschöpfung des Thatbestandes, dem summarischen Processe opfern? Es ist bekannt, daß summarische Processe nicht selten weitläufiger geführt werden, als der ordentliche.

bestandene Unvollkommenheit der Eintheilung des Processes in den summarischen und ordentlichen auszumerzen, den Willen habe, läßt sich nicht bezweifeln; es bleibt daher nur noch übrig, dem einzig möglichen, aber scheinbaren Einwand zu begegnen, der dem Leser vielleicht schon aufgestoßen ist.

§. 36.

Es ist nemlich leicht möglich, daß, wenn eine Bagatellsache möglichst vollständig instruirt und somit sicher entschieden werden soll, der nöthige Zeit- und Kostenaufwand den Werth derselben übersteige. Es scheint daher in diesem Falle bloser Eigensinn oder Animosität, welche von dem Gesetze nicht begünstigt werden dürfen, als Motiv zur möglichst vollständigen Rechtsvertheidigung übrig zu bleiben, und selbst der reelle Zweck des Processes zu verschwinden.

Ich will hierauf nicht antworten, daß die Justitz unentgeldlich administrirt, und dadurch die Kosten vermindert werden sollen; — denn ich meyne, daß der Staat wegen des innerhalb der bürgerlichen Freyheitssphäre nöthigen Kostenaufwandes sich vorzüglich an die Individuen, welche ihn veranlassen, halten müsse, daß mithin die Sporteln, von dem Nebenzweck, daß sie die Proceßsucht beschränkten, abgesehen, nicht ganz abgeschafft werden sollen; ich will nicht dem Einwand dadurch begegnen, daß der unterliegende Theil nach mög-

lichst sicherer Ausmittelung seines Unrechts billig mit den durch seine Hartnäckigkeit verursachten Kosten bestraft werde, und sich auch der Staat von ihm die Kosten der dadurch weitläufiger gewordenen Justizpflege bezahlen lassen könne; denn es wäre der Regierung unwürdig, den Proceß, sey es auch auf Kosten des Unrechts, zum Spielballe der Leidenschaften werden zu lassen, und, wie schon gezeigt worden, einen nutz- und zwecklosen Proceß zu statuiren; — sondern ich verweise lediglich auf die vorhergegangene Deduction und frage: ob es denn nicht zur Freyheit des Individuums gehöre, sein Rechtsobject unbeschränkt verfolgen, und um den Rain in Gellerts Fabel streiten zu dürfen; ob es denn nicht eine individuell wichtige Sache seyn könne, eine unwichtige Sache zu erstreiten, und dadurch zu beweisen, daß man nichts Ungerechtes verlangt habe, daß man auch im Kleinen gerecht sey; — ob denn nicht dieses Ehrgefühl, oder auch nur das Freyheitsgefühl, über eine auch geringe Sache disponiren zu können, ein würdiges Rechtsobject sey; ob es denn nicht Pflicht des Staates sey, die Freyheit, das Recht, soferne es auch nur durch ein geringes Object belebt ist, auch im Kleinen zu schützen, und ob dieser Zweck nicht heilig genug sey, ein für den Ungerechten unverhältnißmäßig kostspieliges Mittel zu rechtfertigen? — Niemand wird diese Fragen verneinen wollen; ihre Bejahung hebt aber den aufgestellten Einwand vollkommen.

Wenn man sich übrigens auf den Gemeinsinn be-

ruft *), und hiernach in geringfügigen Sachen strenge Formalitäten unbeschadet der Rechtssicherheit entbehrlich findet: so spricht der Gemeinsinn (oder vielmehr ein richtiges Gefühl) nur von der Regel, daß nemlich geringfügige Sachen gewöhnlich leicht ausgemittelt, und entschieden werden können, daß also strenge Formalitäten, d. h. genauere Details oder auch Nüancen der Information gewöhnlich nicht dabey vorkommen, und daß die Interessenten selbst in Bagatellsachen selten eine vollständige Rechtsvertheidigung fodern werden; daß aber, wenn dennoch ein weitläufiger Thatbestand ausnahmsweise mit einer Bagatellsache verknüpft ist, und die Interessenten auf vollständiger Rechtsvertheidigung bestehen, in die Nüancen desselben einzugehen, und den Thatbestand zu erschöpfen unnöthig sey, dafür spricht sicher kein Rechtsgefühl.

Dritte Abtheilung.

Von der Spaltung des Processes in mehrere Zweige oder Abtheilungen desselben durch Neben- und Zwischenbescheide.

§. 37.

Die Spaltung des Processes in mehrere Zweige ist mit dessen Abtheilung durch Zwischenbescheide nicht zu

*) Gönner Handb. d. Proc. Bd. IV. Abh. XLVII. §. V.

verwechseln. Was unter jener verstanden werde, erhellet schon aus dem, was oben gesagt wurde (§. 34.). Wenn nemlich mehrere Rechtsgründe in einem Processe concurriren, wovon jeder einzeln die Entscheidung zu motiviren hinreichen könnte; so kann die Instruction getrennt und versucht werden; ob einer hinreichend eruirt und die andern dadurch als überflüßig erkannt werden können. Außer den sich coordinirten Rechtsgründen giebt es noch andere, die im Subordinatinationsverhältniß zu einander stehen. Diese sind alle sogenannte präparatorische Puncte. Zu ihnen gehören auch die Incidentpuncte; denn sie setzen der Rechtsverfolgung ein, aus dem Processe selbst erwachsenes Hinderniß entgegen, durch dessen Beseitigung der Sieg bedingt ist (Man denke sich die Restitutionsgesuche gegen elabirte Termine). Auf die nemliche Beseitigung kommt es bey den präparatorischen Puncten an, die Incidentpuncte sind daher nur dadurch, daß sie erst aus dem Processe entstehen, von ihnen verschieden. Wird also die Instruction solcher Puncte getrennt; so entstehen nebeneinander fortlaufende, durch das Definitiverkenntniß zu einem Stamme vereinigte Zweige, wovon blos die Entfaltung des zweiten unterbleibt, wenn der erste allein zum Ziele führt. Die Abtheilungen dagegen, welche durch Neben- und Zwischenbescheide entstehen, sind von einer ganz andern Art. Ihnen liegt keine Trennung des Gegenstandes der Information, sondern eine Trennung der Infor-

mation selbst zu Grunde. Sie stehen hintereinander, und treten auch bey der Instruction des einzelnen Zweiges ein.

I.

Von der Spaltung des Processes in Zweige.

§. 38.

In der Regel können mehrere Momente der Instruction mit einem geringern Zeit- und Kostenaufwand erschöpft werden, wenn man sie miteinander verbindet, als wenn man sie einzeln nach einander vornimmt. Die Verbindung muß daher Regel seyn.

Indessen können sie in Ansehung ihrer Verwickelung einer großen Verschiedenheit unterliegen. Ein Rechtsgrund kann nemlich kurz auszumitteln seyn, während der andere einer weitläufigen Instruction bedarf. Auch kann die Wahrscheinlichkeit, daß man mit einem Grunde ausreichen werde, daß folglich die Constatirung des zweiten überflüßig sey, die gegentheilige Vermuthung überwiegen. In diesem Fall ist die Trennung der Instruction rathsam; und wenn es zugleich einleuchtet, daß durch die Verbindung auf den unwahrscheinlichen Fall der Unzulänglichkeit eines Instructionszweiges, dennoch keine Kosten erspart, sondern die vereinzelte Instruction mit dem nemlichen Kostenaufwand erreicht werden könne, wird sie sogar nothwendig. Durch diese Trennung wird dem Kläger aller Grund, einen Rechtsgrund für einen neuen Proceß aufzusparen, benommen.

Die Wahl der Trennung kann aber nicht von der Willkühr der Partheyen abhängen, denn sie betrifft nicht das Materielle des Processes, sondern die Art und Weise, wie die Sache zum Spruch Rechtens vorbereitet werden soll. Sie verhält sich zum Erkenntniß wie Mittel und Zweck; und da dieses Sache des Richters ist: so muß ihm nach dem Grundsatz, wer den Zweck beherrscht, beherrscht auch die Mittel, auch die Verfügung über Verbindung oder Trennung der Information zustehen. Dieses Zweckverhältniß muß von demjenigen, von dem im ersten Abschnitt hinsichtlich der Information gesprochen wurde, wohl unterschieden werden. Die Information ist Sache der Partheyen, weil sie Mittel zu dem ihrer Disposition unterworfenen Recht ist; die Art und Weise der Information aber ist nur Mittel zum Erkenntniß, welches ihrer Willkühr nicht unterliegen kann.

Die Rathsamkeit oder Nothwendigkeit der Trennung der Information hängt von den individuellen Verhältnissen eines jeden einzelnen Processes ab. Ihre Beurtheilung muß daher dem Richter überlassen bleiben; und der Gesetzgeber kann nur die Regel aussprechen, daß eine Trennung dann, wenn ein schwer zu entwickelnder Rechtsgrund wahrscheinlich überflüßig ist, rathsam, und wenn zugleich die Trennung auf den entgegengesetzten minder wahrscheinlichen Fall den Kosten- und Zeitaufwand nicht vermehrt, sogar nothwendig sey.

Da ich in diesen Blättern so selten eine einstimmige

Meynung der Rechtsgelehrten anführen kann, so freut es mich um so mehr, mich hier auf Gönner berufen zu können, welcher *) der preußischen Gerichtsordnung, die diese Grundsätze im Allgemeinen anerkennt **) vollkommene Gerechtigkeit wiederfahren läßt.

II.

Von der Abtheilung des Processes durch Neben- und Zwischenbescheide.

§. 39.

Wir haben den Proceß bereits als ein Ganzes begriffen, dessen Centrum das streitige Rechtsobject ist. Das Recht zu erkennen ist der Zweck aller richterlichen Thätigkeit im Processe; alle richterlichen Handlungen außer dem Erkenntniß verhalten sich nur als Mittel zu diesem. Schon hieraus kann man einsehen, daß alle Zwischen- und Nebenbescheide keine Selbstständigkeit haben können, und es ist fast unbegreiflich, wie man ihnen Appellabilität beylegen konnte.

Wir setzen den Unterschied zwischen einfacher Beschwerde und Appellation voraus, und nehmen als bekannt an, daß eine Appellation nur gegen eine, durch einen richterlichen Ausspruch entstandene Rechtsverletzung, welche in Rechtskraft erwachsen, und durch

---

*) Archiv d. Gesetzgebung rc. Bd. II. H. III. S. 512.

**) Preuß. G. O. Th. I. T. X. §. 61. u. 62.

kein anderes Mittel abgewendet werden kann, denkbar sey *).

Nun haben zwar die Partheyen auf die Beobachtung der vorgeschriebenen Proceßregeln auch ein Recht, und die Verletzung derselben enthält zugleich eine Verletzung dieses Rechts. Allein die Proceßregeln sind nur Mittel zum Zweck; ihre Dauer reicht nicht über das definitive Erkenntniß hinaus; und die an den Regeln begangene Rechtsverletzung ist durch die an dem Streitobject zu begehende Verletzung bedingt. Kommt die letzte nicht hinzu, so fällt die erste ganz hinweg. Die Nebenbescheide, welche nur die Proceßregeln, den Proceßgang, betreffen, können also keine selbstständige, dauernde Rechtsverletzung enthalten; sie können also auch nicht rechtskräftig werden, und sind der Appellation — wenn gleich nicht der einfachen Beschwerde — unfähig.

§. 40.

Es giebt aber Zwischenbescheide, welche nicht blos die Proceßregeln, sondern zugleich das streitige Recht selbst betreffen und gleichsam im Voraus über das Rechtsobject ganz oder zum Theil entscheiden (sententiae interlocuturae praegnantes). Diese können also eine Verletzung des streitigen Rechts selbst enthalten — und rechtskräftig werden? Mit Nichten! Eine

*) Vergl. Gönners Handb. d. g. t. Proc. Bd. III. Abh. XXXVIII. §. VI.

Rechtsverletzung können sie, insoferne sie auf das streitige Rechtsobject Einfluß haben, wohl enthalten, dieses ist klar. Allein man besehe doch die Natur dieser Rechtsverletzung etwas näher! Kann sie wohl eine andere als eine bedingte seyn? Bedingt ist sie durch das noch übrige Definitiverkenntniß. Ihre Bedingung ist also suspensiv; und wie läßt sich, wenn man nicht die Rechtskraft voraussetzen und den Beweissatz zum Beweisgrunde machen, mit einem Wort im Cirkel beweisen will, die Rechtskraft eines bedingten Erkenntnisses denken, ehe die Bedingung eintritt, ehe mithin die Rechtsverletzung gewiß ist? — Welcher gesunde Mensch mit gesunden Sinnen wird Palliativmittel gebrauchen, wenn er gewis weiß, daß sie beym wirklichen Eintritt der vorher nur befürchteten Krankheit, noch eben so sicher wirken werden, als sie vorher wirken konnten?

Aus der Natur der Sache läßt sich also die Appellabilität der Interlocute unmöglich ableiten; es fragt sich aber, um mit möglichster Unbefangenheit zu Werke zu gehen, ob nicht Gründe vorhanden seyen, welche die positive Bestimmung derselben rathsam machen?

§. 41.

Es läßt sich nur ein einziger Grund hiefür denken, nemlich der: daß unerhebliche Thatsachen oder Beweisgründe nicht unnützerweise aufgenommen werden. Allein ist denn nicht der mit der Appellation verknüpfte Zeit- und

Kostenaufwand (ein anderer Nachtheil ist mit der unnützen Instruction unerheblicher Thatsachen nicht verbunden) weit größer als derjenige, welcher durch unnütze Ausdehnung der Instruction auf unerhebliche Thatsachen entstehen kann? Bedarf es noch eines weitern Grundes, um den für die Appellabilität der Interlocute streitenden Grund zu zernichten? Kein vernünftiger Mensch wird die Frage bejahen. Wozu also die verderblichen appellabeln Interlocute, welcher eine zwey- drey- und mehrmalige Durchführung eines und desselben Processes durch alle Instanzen möglich machen, und die Processe verewigen?

Dieses ist aber nicht ihr einziger Nachtheil. Möchten sie auch der Chicane ein weites Feld zur Proceßverzögerung darbieten, möchten sie die Rechtsverfolgung noch so sehr erschweren; wenn sie nur nicht auf die richtige Erkenntniß des Rechts und der Wahrheit selbst einen so verderblichen Einfluß hätten? Der preuß. Richter, welcher die Interlocute nicht kennt, hat bis zum Schluß der Sache freye Hände. Er erkennt nach der Wahrheit, sie mag sich früh oder spät aufklären, durch den Vortrag der Partheyan im ersten oder zweiten Verfahren, oder erst durch die Zeugenaussagen und übrige Beweismittel dargestellt werden. Nicht so der gemeinrechtliche Richter, wenn ihm die Hände durch ein rechtskräftiges Interlocut gebunden sind. Durch dieses steht schon ein Theil seiner Entscheidung fest. Mag er sich auch nachher durch die Zeugenaussagen (man denke nur

den Fall, daß ein Zeuge mehr weiß als die betheiligte Parthey angeben konnte) oder die weitere Entwickelung des Factums noch so sehr überzeugen, daß der durch das Interlocut feststehende Theil seines Erkenntnisses widerrechtlich sey; mag er am Ende — wenn er das ganze Verhältniß übersehen kann, und nun definitiv entscheiden soll, noch so deutlich einsehen, daß er sich bey Fällung des Interlocuts geirrt, daß er eine unrichtige Ansicht gehabt habe; es nützt nichts, der Fehler ist nicht mehr abzuändern, er muß — gebannt durch die Zauberkraft des Interlocuts, wider besseres Wissen und Wollen Unrecht aussprechen! *)

Das Beweisinterlocut insbesondere hat noch eine andere höchst fatale Seite. Die Partheyen sind sich *ohne Zweifel* — wie sie sich ihre Rechte wechselseitig *nicht entziehen sollen* — im Processe Wahrheit schuldig **) können sie nun kein Beweisinterlocut erwarten: so muß jede Parthey — wenn sie bey der geringsten Ungewißheit, wer beweisen müsse, nicht Gefahr laufen will, daß ein nicht erwiesenes Factum am Ende nur ihr schade — ihrer eigenen Sicherheit willen, alle ihr zu Gebot stehende Beweismittel angeben; darf sie sich aber auf ein Beweisinterlocut verlassen: so kann sie dasselbe richtig

*) Nach der bisherigen Ansicht der Rechtskraft nemlich; nach der unten entwickelten aber, würde dieses eine Modification leiden.

**) Vergl. Gönners Handb. d. g. R. Bd. I. Abh. XII.

Bayerische
Staatsbibliothek
München

abwarten, und anstatt die Sache abzukürzen, oder der vielleicht irrenden Gegenparthey aus dem Traum zu helfen, ihre Beweismittel so lange hinterhalten, bis ihr der Beweis auferlegt, oder solcher widrigenfalls von der Gegenparthey geführt (nach der baier. Proceßordnung wenigstens angetreten) ist.

Die appellabeln Interlocute sind noch ein Ueberbleibsel des durch den Reichsabschied von 1654 glücklich aufgehobenen articulirten Verfahrens. Wenn vorher über jeden streitigen Artickel, in welche Form der Partheyenvortrag gezwungen wurde, ein apellabler Bescheid nöthig war, und die Zuläßigkeit desselben durch alle Instanzen hindurch angefochten und verfochten werden konnte, wenn dadurch aus einem Processe dreyßig bis vierzig entstanden, und die Dauer desselben auf Jahrhunderte erstreckt wurde *): so foderte man bisher wenigstens noch über die Beweislast, über die Zuläßigkeit des Beweismittels u. s. w. **) ein appellables Interlocut; ließ dieses durch alle Instanzen durchpeitschen, und aus einem Proceß wenigstens zwey, drey und noch mehrere erwachsen, somit die Dauer desselben wenigstens verdoppeln und verdreyfachen.

Möge doch der Gesetzgeber dieser Gesetzgebung des jüngsten Reichsabschieds vollends die Krone aufsetzen;

---

*) Vergl. Gönners Handb. Bd. I. Abh. III.

**) Die baier. Ger. Ord. sogar über die Relevanz der Probatorialartickel. Cap. IX. §. 8.

Bayerische Staatsbibliothek München

möge er die appellabeln Zwischenbescheide gleich den appellabeln Bescheiden über die Vortragsartickel, in dem ältern Verfahren, (denn darinn nur bestand die Reform des jüngsten Reichsabschieds) aus dem Processe verbannen; und möge Bandels Gutachten *) bey Abfassung einer neuen Proceßgesetzgebung für Baiern in dieser Hinsicht angenommen werden!

Vierte Abtheilung.

Von der Rechtskraft und den Mitteln sie anzufechten.

§. 42.

Gewöhnlich betrachtet man die Rechtskraft eines *richterlichen* Erkenntnisses als eine Zauberkraft, welche Recht aus Unrecht zu schaffen vermag (quo ex nigro facit album) und selbst dem Richter in Verbesserung seines ungerechten Ausspruchs die Hände bindet. Allein diese Ansicht widerspricht dem Zwecke des Richteramts geradenwegs. Das Richteramt ist zum Schutze des Rechts vorhanden. Jene Ansicht, nach welcher diesem Zwecke durch Unrecht Genüge geleistet würde, kann daher nicht die richtige seyn. Selbst die positiven Gesetze widersprechen ihr, wenn sie Restitutions- und Nullitätenklagen gegen rechtskräftige Erkenntnisse gestatten.

*) Das angezeigte Gutachten S. 22. 23. u. ff.

Näher betrachtet wäre ein ungerechter Richterspruch, wenn er durch die Rechtskraft unabänderlich würde, zugleich eine rechtliche Erwerbungsart eines fremden Eigenthums, ohne daß die Erlöschung des letztern durch Verjährung nöthig wäre. Im ganzen Civilrecht *ist keine* solche Erwerbungsart enthalten. *) Jede unbefugte Eigenthumsübertragung giebt nur einen Rechtstitel für die Verjährung. Warum sollte die ungerechte Uebertragung, welche durch den Richter *geschieht, einen* Vorzug haben? Das durch ihn begangene Unrecht ist *nicht weniger* Unrecht, als dasjenige, welches der Private *begeht*, und wenn letzterer zu dessen Verbesserung verpflichtet ist, so ist es der Richter vermöge seines heiligen Amtes doppelt. Man verlasse also eine nach positivem und natürlichem Recht offenbar falsche Ansicht, und suche die *richtige* in der Natur der Sache auf.

---

*) Ich kenne wohl die Lehrsätze: qui a fisco — und, qui sub hasta emit, tutus emit; allein sie gründen sich auf ähnliche Vermuthungen wie die Rechtskraft, und sind nur als Vermuthungen zu vertheidigen. Der Gesetzgeber kann wohl die Möglichkeit des Beweises beschränken, oder vielmehr, so lange nicht ein vollständiger Beweis vorhanden ist, seinen Vermuthungen folgen, allein durch diese die Wahrheit, wenn sie auch nur das 100,000ste Mal erweislich seyn sollte, ausschließen, ist ungerecht. Die sogenannte praesumtiones juris et de jure sind Eingriffe in das bürgerliche Recht, und können nur im Regierungsrecht ihre Rechtfertigung finden.

§. 43.

Nach der Natur der Sache steht nemlich der Grundsatz fest: daß derjenige, welcher einmal über eine Sache geurtheilt hat, auch das zweitemal nicht anders als das vorigemal, urtheilen könne, wenn nicht entweder die Sache in einer andern Gestalt vorgelegt wird, oder nicht seine Kenntniß und sein Wille sich indessen verändert hat. Wenn daher der Richter einmal eine Sache rechtskräftig entschieden hat, (weßhalb hier der Ausdruck: Richter die Richter aller Instanzen, worinn geurtheilt wurde, umfaßt) so muß vermuthet werden, daß eine wiederholte Proceßoperation, indem sie nur für ihn wiederholt werden könnte, keinen andern Erfolg haben würde, als sie zuvor hatte. Aus dieser Vermuthung besteht also die Rechtskraft, und muß mit ihr stehen und fallen. Ihre Beseitigung muß demnach auch die Aufhebung des dadurch als ungerecht erscheinenden Richterspruchs zur Folge haben, insoweit sein Innhalt indessen nicht durch Verjährung in wirkliches Recht umgewandelt wurde. Man kann die Verjährungsfrist, insoferne der Verjährende in guten Glauben sich befindet, bey der, auf einen Richterspruch gegründeten Verjährung beschränken. Man kann den Richter zur Entschädigung des Siegers, dem der errungene ungerechte Sieg wieder entrissen wird, verbinden, wenn derselbe nicht durch eigenen bösen Glauben den Schaden verdient hat; allein eine Sache durch das Unrecht des Richters, besonders wenn der Sieger selbst dabey wider besseres Wis-

sen handelt, zu seinem Eigenthum werden zu lassen, widerstreitet allen vernünftigen Rechtsgrundsätzen. Es steht somit die Behauptung fest, daß der ungerechte Sieger, sobald die Vermuthung des Rechts, die *Rechtskraft*, verschwindet, auch die ungerechterweise erhaltene Sache, wenn sein Sieg noch nicht durch die Verjährung befestigt ist, an den wahren Eigenthümer wieder abtreten müsse.

Die Vermuthung, worinn die *Rechtskraft besteht*, kann nach dem, was oben bemerkt wurde, *aus einem* doppelten Grund hinweg fallen:

1) Wenn neue Thatsachen oder Beweismittel angegeben werden können, welche eine andere Entscheidung desselben Richters motiviren.

2) Wenn der Richter selbst sein Unrecht einsieht *und* es verbessern will. Der weitere Innhalt dieser Abtheilung zerfällt also in zwey Nummern, denen wir

3) noch einige practische Bemerkungen über das Ganze beyfügen wollen.

I.

Abänderung des rechtskräftigen Erkenntnisses auf den Grund neuer Thatsachen und Beweismittel.

§. 44.

Jeder Richterspruch enthält die stillschweigende Clausel: wenn sich die Sache so, wie sie vorliegt, wirklich

verhält; und es wäre gar nicht unschicklich, wenn sie bey behaupteten aber nicht erwiesenen Thatsachen ausdrücklich beygesetzt würde. Es wäre dasselbe, was der Criminalrichter beobachtet, wenn er den Angeschuldigten nur von der Instanz losspricht. Die positiven Gesetze erkennen übrigens diese Clausel durch Gestattung der Restitutions- und Nullitätenklage vollkommen an. Es ist daher nur übrig, 1) ihre Natur, und 2) ihren Unterschied näher zu bezeichnen.

1) Ihre Natur characterisirt sich folgender Gestalt:

Rechtskräftig ist ein Erkenntniß nur dann, wenn keine Berufung an einen höhern Richter mehr dagegen statt findet. Die Verbesserung eines rechtskräftigen Erkenntnisses muß also durch den nemlichen Richter geschehen *), (wobey sich die obige Parenthese, daß unter diesem Begriff alle Instanzrichter, welche geurtheilt haben, begriffen seyen, von selbst versteht). Der Grund, auf welchen eine solche Verbesserung möglich wird, sagten wir, ist zweyfach, je nachdem er sich in neuen Thatsachen und Beweismitteln, oder im freyen Willen des Richters vorfindet. Im ersten Fall hatte der Richter nach der v o r h a n d e n e n S a c h e n l a g e recht gesprochen; das ausgesprochene Recht war daher kein förmliches, insoferne man ein in Recht umgewandeltes Unrecht darunter versteht, sondern nur ein problematisches,

---

*) Dieses wird übrigens durch die Lehre von der Appellation noch einleuchtender werden.

welches blos wegen verengter Gränze der Möglichkeit zum wahren Rechte zu gelangen, aufgestellt wurde.

Wird diese Gränze durch neues Vorbringen der Partheyen erweitert: so steht dem Richter kein Hinderniß im Wege, über die veränderte Sachenlage nochmal zu urtheilen und sein Urtheil zu erweitern. Er reformirt sich nicht selbst, sondern dehnt nur seine Reflexion bey erweiterter Gränze der Möglichkeit weiter aus, als es vorher geschehen konnte. Dadurch unterscheidet sich demnach die Restitutions- und Nullitätenklage von der freywilligen Verbesserung des Urtheils durch den Richter, wobey er nicht über neue Data urtheilt, sondern sich selbst reformirt.

§. 45.

2) Unter sich sind die Restitutions- und Nullitätenklage in Ansehung der Art der neuen Thatsachen und Beweismittel, die ihnen zu Grunde liegen können, verschieden.

Es ist nemlich bereits im ersten und auch in diesem Abschnitt vorgekommen, daß verschwiegene Data als durch freywilligen Verzicht aufgegeben, betrachtet, und von dem Gesetzgeber präcludirt werden müssen.

Soll daher eine Parthey noch nach entschiedener Sache mit neuen Daten gehört werden: so muß sie nachweisen, daß sie dieselbe vorher nicht gekannt oder sie zu gebrauchen nicht die Macht gehabt habe, daß sie also nicht blos dem Richter, sondern auch ihr neu

seyen. Es giebt aber Verhältnisse, welche dem Verzicht der Partheyen nicht unterliegen, wo er nicht wirken kann, weil der Verzichtende in der Dispositionsfreyheit beschränkt ist. Der falsche Bevollmächtigte z. B. und der Minderjährige können, dieser überhaupt nicht, und jener nicht für seinen Machtgeber disponiren.

Werden also solche neue Verhältnisse angeführt: so bedarf es keiner Nachweisung, daß die Parthey sie nicht früher gekannt, und also nicht darauf verzichtet habe. Es ist genug, wenn sie im vorigen Proceß nicht vorkommen, und mithin nur dem Richter neu sind. Ihm müssen sie aber neu seyn; denn sonst hätte er schon darüber geurtheilt, und könnte nur sein Urtheil selbst freywillig reformiren; und die Abänderung würde mit der in der folgenden Nummer behandelten Verbesserung des Urtheils identisch.

Theilen wir nun die letztern, nicht verzichtbare neue Data der Nullitätenklage, die erstern aber, welche der freyen Disposition der Partheyen und ihrem Verzichte unterworfen sind, der Restitutionsklage zu: so haben wir den wesentlichen Unterschied leider, so wie ihn auch die positiven Gesetze kennen, aufgestellt; und es ist nur noch zu bemerken, daß sie für die Restitution nicht unbillig eine kürzere Verjährungsfrist, als für die Nullitätenklage vorgeschrieben haben.

II.

Von der freywilligen Verbesserung eines ungerechten Urtheils durch den Richter.

§. 46.

Nur die Seltenheit, daß ein Richter sein begangenes Unrecht anerkenne und sich selbst reformire, kann den Grund enthalten, daß die Gesetze und selbst die Gelehrte diese Art, ein rechtskräftiges Urtheil aufzuheben, nicht kennen. Indessen wäre der Fall doch möglich und müßte innerhalb der Verjährungsfrist die Herausgabe des Rechtsobjects von Seite des ungerechten Siegers zur Folge haben.

Die Gründe sind schon oben angegeben, wir können aber hier noch den Grund beyfügen, daß nach der Natur der Sache das Begründete jederzeit mit seinem Grund falle; die richterliche Erkenntniß (Einsicht, cognitio) aber der Grund des durch den Richterspruch statuirten Rechtes sey; folglich die Veränderung dieser Erkenntniß auch die Veränderung des ausgesprochenen Rechts zur Folge haben müsse.

Man würde hier vergeblich den Richter von seiner Privatperson trennen, denn seine richterliche Erkenntniß eines Rechts ist mit seiner individuellen Erkenntniß identisch; eine Trennung derselben ist baare Unmöglichkeit.

Die positiven Gesetze, welche diese Spruchverbesserung nicht kennen, enthalten daher eine Lücke, und

will man sie vor diesem Vorwurf durch Aufstellung einer mit der Appellationsfrist verbundenen Verjährungsfrist schützen, so geschieht es offenbar auf Kosten der Consequenz und der Billigkeit; denn es ist inconsequent und unbillig, in diesem Fall eine so kurze Verjährungsfrist als die Appellationsfrist ist, anzunehmen, während man sie in andern Fällen, die nichts zum Voraus haben, weit über die Appellationsfrist hinaussetzt. Die Verzichtleistung auf das Rechtsmittel der Appellation darf hier so wenig als in den Fällen, worin die Restitutions- oder Nullitätenklage statt findet, mit dem Verlust des Rechts bestraft werden. Ueberdieses fände dann bey Erkenntnissen letzter Instanz gar keine Verjährungsfrist statt. Hier müßte also immer ein ungerechter Richterspruch unmittelbare Quelle des Rechts bleiben, wenn die Abänderung dieses Spruches durch den Richter keine Abänderung des Rechts nach sich ziehen darf.

Wir werden zwar finden, daß ein einmal gethaner Ausspruch des höchsten Richters wirklich als unabänderlich gedacht werden müsse; allein der Grund davon liegt nicht in der Rechtsgültigkeit desselben an sich, sondern in der Unvollkommenheit der menschlichen Natur. Der Richter kann sich nemlich in dem Anerkenntniß seines ungerechten Ausspruchs ebenso leicht irren, als er sich in dem letztern geirrt zu haben glaubt. Und wenn er sogar vorsetzlich ungerecht erkannt zu haben sich bewußt wäre: so würde die betheiligte Parthey nicht ohne Befugniß behaupten können, daß er dennoch, wenn

auch wider Willen, das wirkliche Recht ausgesprochen habe. Denn erkannte sie das Unrecht auch zugleich an: so bedürfte es keines Richteramts weiter. Durch freywillige Reformation seines eigenen Rechtsspruchs *wird* also der Richter selbst Parthey, und dieselbe kann ohne Entscheidung eines höhern Richters keine *Realität* erhalten. Wo demnach der höchste Richter bereits erkannt hat, ist keine Abänderung des Erkenntnisses weiter möglich. Wollte man für diesen einzelnen Fall *einen eigenen* Richter aufstellen: so träte dieser *in das nemliche* Verhältniß; er könnte ebenfalls seine Entscheidung verbessern wollen, und bedürfte wieder eines höhern Richters, und so fort in's Unendliche. *) Wenn dagegen der entscheidende Richter, welcher seinen Ausspruch verbessern *will*, nicht der höchste war: so kann er seine Reformation dem höhern Richter zur Beurtheilung vorlegen, und dieser muß sich die betheiligte Parthey unterwerfen.

Zwar kann der höhere Richter wieder irren; allein diese Möglichkeit kann keinen gültigen Einwand abgeben, denn sie findet auch bey der Appellation statt, ohne daß sie dieselbe ausschließen könnte. Die verflossene Appellationsfrist kann die Beurtheilung der Reformation, welche der untere Richter mit seinem Ausspruch vornimmt, durch den höhern gleichfalls nicht hindern; denn sie macht durch ihren Ablauf blos der Rechtskraft Platz, diese

---

*) Ein anderer Grund wird durch die unten folgende Idee der Appellation aufgestellt werden.

muß aber mit der Vermuthung, daß der Richter nicht mehr anders, als geschehen ist, urtheilen könne und wolle, nach dem, was schon oben gesagt wurde, verschwinden; oder mit andern Worten: sie steht nur den Partheyen in der Anfechtung des Erkenntnisses, nicht aber dem Richter im Wege. Die Lehre von der Appellation im folgenden Abschnitt wird übrigens hierüber noch mehr Licht verbreiten; ich begnüge mich daher, hier noch einige practische Bemerkungen über sämtliche Arten, wodurch die Rechtskraft aufgehoben werden kann, beyzufügen.

III.

Einige practische Bemerkungen über sämtliche Arten die Rechtskraft aufzuheben.

§. 47.

1) Nach der bisher gewöhnlichen Vorstellung ist die Rechtskraft ohne Zuthun der Verjährung hinreichend, fremdes Eigenthum zu übertragen; man mußte also die Rechtsmittel, wodurch Jemanden das erworbene Eigenthum wieder entrissen werden konnte, soviel möglich beschränken. Nach unsrer Darstellung ist sie nur eine Vermuthung, daß durch den Richter kein anderer Ausspruch als der schon gegebene mehr erhalten werden könne. Diese Vermuthung muß der Wahrheit weichen; wo sie also wegfällt, müssen die Mittel, zum wirklichen Recht zu gelangen mehr erweitert, als beschränkt werden.

2) Bey der Restitution erschwere man den Beweis nicht, daß der Restitutionssucher von den neu angegebenen Thatsachen und Beweismitteln im vorigen Proceß noch nichts gewußt habe. Eine nahe an Gewißheit gränzende Vermuthung streitet dafür. Denn bey einem wohl eingerichteten Proceß fällt der hauptsächlichste Nachtheil einer Verschweigung von Thatsachen und Beweismitteln auf den Verschweigenden. War ihm also seine vollständige Rechtsvertheidigung Ernst; so konnte er sie nicht verschweigen; hat er aber, weil ihm an seiner vollständigen Vertheidigung wenig gelegen war, darauf verzichtet: so wird er den Verzicht selten so sehr bereuen, daß er darum einen neuen ungewissen Proceß beginnen möchte.

3) Wo das Richteramt einem Collegium anvertraut ist, kann die freywillige Reformation eines gegebenen Ausspruchs noch seltener eintreten; dessen ungeachtet bleibt die Natur der Sache dieselbe. Die Reformation ist aber nur durch den Richter, der durch seinen Ausspruch eine Rechtsverletzung begieng, nicht durch seinen Nachfolger möglich. Denn dessen Amt erstreckt sich nicht über seinen Amtsantritt zurück; er könnte daher nur als Privatmann einen entdeckten ungerechten Ausspruch seines Vorgängers zur Kenntniß des höhern Richters bringen. Allein in der Privatrechtssphäre kann keine Denunciation eines richterlichen Unrechts durch einen dritten angenommen werden. Hat sich die Parthey beruhigt: so muß sich auch ein dritter beruhigen. Denn wenn gleich nach der oben gelieferten Deduction

jedes Unrecht auch zugleich ein Verbrechen ist, und wegen seiner Größe officielle Rüge verdienen kann: so hat sich die Parthey dennoch bey dem Ausspruch eines bestimmten Richters beruhigt, und dadurch, mittelbar das Unrecht durch Genehmigung verbessert *). Nur wenn dieser bestimmte Richter sich selbst nicht dabey beruhigen kann, und mithin der genehmigte Grund des aufgestellten Unrechts hinwegfällt, fällt auch ihre Genehmigung, wenn sie dieselbe nicht ausdrücklich wiederholt, hinweg, weil sie eigentlich nur den Richterspruch, nicht aber das Unrecht selbst unmittelbar genehmigte. Setzen wir, der Bestohlene sey gesetzlich durch eine gewisse Zeit in Verfolgung seines Eigenthums gegen den Dieb beschränkt. Nach Verlauf dieser Frist will aber letzterer die gestohlene Sache, die er indessen nicht mehr besitzt, selbst wieder zurückgeben, wird wohl der dritte Besitzer, insoferne er nicht ein eigenes Recht erworben hat, sich durch den Einwand, daß der Eigenthümer gegen den Dieb keine Klage mehr habe, schützen können? Gewiß nicht, denn der Einwand ist von dem Rechte eines dritten hergenommen.

Dieses Gleichniß paßt aber, wenn wir gleich den ungerechten Richter nicht zum Diebe machen wollen, vollkommen. Durch die Appellationsfrist wird der Be-

---

*) Nicht auch das Verbrechen. Ein Verbrechen, worein der Beschädigte willigt, hört auf Unrecht zu seyn, bleibt aber dennoch ein Verbrechen.

schädigte zwar in seiner Befugniß sich gegen den beschädigenden Richter zu beschweren, beschränkt, *wenn* aber dieser der Beschwerde selbst abhelfen will; so kann der dritte, dem er das fremde Eigenthum *zugetheilt* hatte, sich nicht mit dem Einwand schützen, daß der Beschädigte sich gegen den Richter nicht mehr beschweren könne. Nur die Verjährung kann ihm diesen Schutz gewähren.

4) Die Reformation des Richters *in* seinem ungerechten Ausspruche kann sich, *wie das auf* neue Thatsachen und Beweise gegründete Rechtsmittel, ebenfalls *auf* verzichtbare oder nicht verzichtbare Gründe stützen, durch deren Nichtberücksichtigung der Richter das Unrecht begieng. Insoferne die Verjährungsfrist bey der Restitutions- und Nullitätenklage mit Recht verschieden ist, muß sie demnach auch bey dem Rechtsmittel der eigenen richterlichen Reformation verschieden seyn, je nachdem sie durch diese oder jene Gründe motivirt wird.

Dritter Abschnitt.

Von der Appellation.

I.

Theoretische Begründung.

§. 48.

Gewöhnlich betrachtet man die Appellation (die Revision mit eingeschlossen) mittelst welcher eine Sentenz der Prüfung eines höhern Richters unterstellt wird, als ein Mittel, die Partheyen gegen das durch einen Instanzrichter mögliche Unrecht zu sichern. Hiernach würde die Sicherheit um so größer seyn, je mehrere Instanzen es gebe, und nur die Willkühr könnte ihre Zahl schließen. Schon deßhalb dürfen wir die Richtigkeit dieser Ansicht bezweifeln.

Die durch mehrere Instanzen erzielte Sicherheit ist aber auch sehr precärer Natur; denn wer sollte es wohl für unmöglich halten, daß ein gerechtes Urtheil des Unterrichters durch den Oberrichter, welcher eben sowohl als jener ein Mensch bleibt, mit einem ungerechten vertauscht werden könne?

Zwar muß angenommen werden, daß die Regierung die fähigsten Köpfe für die obersten Gerichte aus-

wähle, folglich sich von ihnen eine sicherere Erkenntniß des Rechts erwarten lasse, als von den untergeordneten Gerichten, für deren größere Zahl bey den Abstufungen der menschlichen Geistesgaben nicht lauter gleichfähige Subjecte aufgefunden werden können, zu erwarten ist. Es bleibt also immer eine starke Vermuthung, daß die Instanzenordnung ein Mittel für die Rechtssicherheit der Partheyen gewähre, und es ist diesen gar nicht zu verübeln, wenn sie von ihrem Standpuncte aus dieselbe auch als ein solches Mittel ansehen. Allein dessen ungeachtet bleibt diese Sicherheit doch nur eine vermuthete, und auf Vermuthungen darf die Theorie keine Instanzenordnung gründen.

Hiernächst verträgt es sich mit dieser Ansicht gar nicht, wenn man das Rechtsmittel der Berufung durch Fallatien, Succumbenzgelder, Summen u. d. gl. wie es häufig geschieht, enger beschränkt als es die Rechtssicherheit gestatten kann, welche vielmehr die möglichste Erweiterung heischt. Auf die Rechtssicherheit kann also die Instanzenordnung nicht gegründet seyn. Suchen wir demnach einen andern Grund auf, welcher sich ohne Zweifel in der Idee des Staates finden muß.

§. 49.

Im Staate, welcher, wie wir schon Anfangs einsahen, einen organischen Körper bildet, geht alle Gewalt von dem Regenten als dessen Oberhaupt aus; es muß also ohne Zweifel auch die Justitzgewalt von ihm ausgehen. Der Regent aber selbst ein Mensch und

kann daher unmöglich alle Geschäfte selbst versehen. Der Grund dieser Unmöglichkeit liegt nicht allein in der Menge der Geschäfte, sondern auch zugleich in der Beschränktheit des menschlichen Geistes, vermöge welcher ein Mensch nie alle die verschiedenen Kenntnisse, die zu den vielfachen Geschäften des Regenten erfodert werden, in gleich hohem Grade besitzen kann. Ja selbst in einer bestimmten Erkenntnißart wird sich nie ein Kopf so sehr auszeichnen, daß er sie nicht mit weit größerer Sicherheit anwände, wenn er mehrere Ansichten anderer vergleicht, sich mit ihnen berathet, als wenn er ganz allein seinen Einsichten ohne diese Berathung folgt. Setzen wir also einen kleinen Staat nur von einigen tausend Seelen: so ist es kein Zweifel, daß der Regent selbst der Richter seyn könnte und müßte. Er würde sich aber dennoch einige Räthe aussuchen und ihren Rath hören müssen, wenn er die Justiz mit der möglichsten Sicherheit pflegen wollte. Dasselbe gälte auch von andern Geschäftszweigen, worin ausgebreitete Erkenntnisse und reife Beurtheilung erfodert werden. Bey einer Beurtheilung, worin auch der beste Kopf irren kann, würde er sogar sehr zweckmäßig handeln, wenn er, anstatt seinem Urtheil, der Stimmenmehrheit seiner Räthe folgte; denn beym Urtheilen hat jederzeit die Stimmenmehrheit die Vermuthung des richtigern Urtheils für sich, weil die individuellen Bestechungen des Urtheils durch Gemüthsstimmung, vorgefaßte Meynung, Neigung u. s. w. nicht so leicht auf mehrere als auf einen wirken können.

Die Stimmenmehrheit ist daher nicht blos für die Justiz-, sondern auch für andere Regierungsgeschäfte durch die Natur der Sache vorgeschrieben; und wir sehen, daß die gebildetesten Regierungen z. B. in der Gesetzgebung sich häufig nach ihr richten.

Stimmenmehrheit finden wir daher auch in dem kleinsten Staate zur Rechtssicherheit nöthig, nicht aber die Instanzenordnung.

Betrachten wir dagegen einen größern Staat: so finden wir es unmöglich, daß der Regent alle Geschäfte selbst besorge; er muß also andere Personen beauftragen, einen Theil davon in seinem Namen zu besorgen. Diese Bevollmächtigte, wie wir sie vorläufig nennen, würden aber bald innerhalb ihrer Geschäftssphäre zu unumschränkten Herren werden und für sich selbst handeln können, wenn der Regent ihnen nicht überall nachsähe und ihre Handlungen controllirte. Dieses ist aber wieder eine Unmöglichkeit in größern Staaten, und würde sogar, wenn er nicht jedes Geschäft einzeln prüfen und genehmigen, folglich sich die vorige Last aufbürden wollte, nicht einmal hinreichen; denn bey jedem einzelnen Geschäft, das nicht speciel vom Staatsoberhaupt geprüft würde, könnte der Bevollmächtigte gegen den Willen des Machtgebers handeln und das Staats- oder Privatinteresse verletzen. Er könnte anstatt in des Regenten Namen zu handeln, aus eigener Macht verfahren, und der Bürger, welcher sich hiedurch beschwert fände und

dennoch beruhigen müßte, wäre in ihm einen zweiten Regenten anzuerkennen gezwungen.

Es bleibt daher, um diesen beyden Foderungen der Aufsicht im Allgemeinen und der Rectificirung jedes einzelnen Geschäftes zu genügen, nichts anders übrig, als daß so viele Mittelorgane, als die Größe des Staats fodert, angeordnet werden, welche sich in einem gemeinschaftlichen Centrum schließen; und daß jedem betheiligten Staatsgliede freygestellt werde, seine Angelegenheit durch diese Organe hindurch bis in ihr Centrum zu verfolgen *). So entstehen Instanzen und Appellationen von einer zur andern aufwärts, welche nicht blos im Justiz-, sondern auch im administrativen Fache erfodert werden.

§. 50.

Wenn die gegen die Cabinetsjustiz gerichtete Lehre **) consequent verfolgt, den Regierungszweig der Justizpflege fast ganz von dem Staatsoberhaupte trennt, und die oberste Justiz zu einem (partiellen) Staat im Staate

---

*) Diese Idee verdanke ich meinem Freunde dem königl. wirtembergischen Kraisactuar Diemer in Ellwang; nur die Ausführung ist mein Eigenthum.

**) Gönner hat sie indessen sehr schön, so weit es die positiven Gesetze gestatteten, mit dieser Ansicht vereinigt in seinem

umwandelt: so schließt sich dagegen durch diese Ansicht die Justizpflege genau an das Centrum des Staates an, und steht mit dem ganzen Staatsgebäude in vollkommener Harmonie.

Diese Ansicht kann auch für die Justizpflege gar nicht nachtheilig seyn, sobald der Regent, nach dem, was schon angegeben wurde, der Stimmenmehrheit folgt, und sein Urtheil derselben unterordnet. Die oberste Justizstelle ist dann hinsichtlich der Entscheidung einzelner streitiger Rechtsfälle zugleich das Ministerium. Das Oberhaupt des Staates handelt durch sie, aber nicht eigenmächtig. Die Regierung ist hinsichtlich der Justizpflege aristocratisch, ohne von den übrigen Zweigen derselben isolirt zu seyn. Dem Monarchen bleiben alle sich auf das Justizwesen beziehende Geschäfte, soweit sie nicht in der Entscheidung streitiger Rechtsfälle bestehen, vorbehalten, und es wäre gar nicht widersprechend, wenn er sich auch hierin eine entscheidende Stimme beylegte, insoferne nemlich in einem kleinen Staate seine übrigen Geschäfte ihm erlaubten, der obersten Justizstelle selbst persönlich zu präsidiren.

Es steht ihm also nicht nur die Anstellung und Absetzung der Justizräthe, letzteres, weil kein gesundes Glied weggeworfen werden darf im Wege gehöriger Untersuchung, sondern auch die Aufhebung eines Dicasteriums und dessen Ersetzung durch ein anderes ungezweifelt zu. Da aber dieses nur vernunftgemäß, nemlich, wenn ein solches Organ überflüßig, unzweckmäßig oder

verdorben ist, geschehen kann, und hierüber eine reife Beurtheilung erfodert wird; so wird die Natur auch hierin den Regenten an die Berathung mit dem Gesetzgebungscorps verweisen.

Es ist indessen hier nicht der Ort, weiter in diese Materie einzugehen, indem sie dem Regierungsrechte angehört. Ich will daher diese Abhandlung mit einigen practischen Erläuterungen über die Berufungsmittel, nemlich mit der Erörterung der Fragen beschließen:

1) ob die Appellation an Summen gebunden werden könne?

2) Ob darin neue Thatsachen zuläßig seyen?

II.

Practische Erörterungen über die Berufung an einen höhern Richter.

§. 51.

1) Kann die Appellation nach Summen beschränkt werden?

Wäre die Appellation ein bloses Mittel der Rechtssicherheit für die Partheyen: so dürften wir nur auf die obige Ausführung (§. 36.) wornach jede Parthey auch in Kleinigkeiten die möglichste Rechtssicherheit fodern kann, zurückgehen, um die Verneinung dieser Frage zu finden. Allein die Appellation ist, wie gezeigt wurde, nur das Resultat des nothwendigen Zusammenhangs der Regierungsorgane mit ihrem Centrum. Da die Instan-

zen ihre Begründung, in der Eigenschaft solcher Organe durch die Menge der Staatsgeschäfte erhalten: so erscheint eben dadurch ein Theil der Geschäfte von der Cognition des Staatsoberhaupts ausgeschlossen, und auf den ersten Anschein möchte man glauben, daß sich auf diese Art die Beschränkung der Appellation mit der aufgestellten Ansicht sehr wohl vertrage. Wenn man aber genauer erwägt, daß die Organe als solche nur im Einklange mit ihrem Centrum thätig seyn können, und daß die Unmöglichkeit, eine Beschwerde, welche sie durch ihre Functionen veranlassen, an das Oberhaupt zu bringen, sie zu selbstständigen eigenmächtigen Herrschern in ihrer Geschäftssphäre stempeln, sie folglich von dem Centrum, von dem allein alle Gewalt ausgeht, isoliren würde: so muß man hieraus die evidenteste Ueberzeugung schöpfen, daß keine Handlung der subordinirten Regierungsorgane über die dagegen erhobene Beschwerde erhaben seyn könne; daß folglich jede dieser Beschwerden von einer höhern Stelle, und die Beschwerden gegen die unmittelbar an das Centrum sich anschließende Stellen, im Centrum selbst geprüft werden müssen.

Ob die Beschwerde einen großen oder kleinen Gegenstand habe, dieses kann keinen Unterschied begründen; denn der Regent kann auch im Kleinen seine Macht nicht veräussern, und kein Staatsbürger ist schuldig, in unbedeutenden Gegenständen einen Unterregenten anzuerkennen. Nur als Geschäftsträger des Regenten muß er die untergeordnete Staatsdiener respectiren; wenn er

sich aber durch sie für beschwert hält, weil er glaubt, daß sie nicht in dem Sinne ihres Machtgebers gehandelt hätten; so muß es ihm frey stehen, seine Beschwerde an den Machtgeber zu bringen, und sich dadurch zu überzeugen, ob sie wirklich in seinem Sinne, in seinem Namen handelten, oder ihm einen fremden Willen aufdringen, und ihm einer andern als der Staatsgewalt unterwerfen wollten. Nur wenn er die Ueberzeugung erlangt hat, daß das Staatsoberhaupt, von dem alle Gewalt ausgeht, mit der vermeintlich beschwerenden Verfügung einverstanden sey, folglich ihm nicht der Privatwille, sondern die Staatsgewalt gebiete, ist er sich zu beruhigen und zu unterwerfen schuldig.

Es kann demnach keinem Zweifel unterworfen seyn, daß die Beschränkung der Appellation nach Summen anomalisch, und aus einem neuen Proceßgesetzbuch zu verbannen sey.

§. 52.

Die Erweiterung der Appellation, welche hierdurch ein größeres Feld erlangt, macht die Anwendung dieses Grundsatzes nicht unmöglich. Je besser die Gerichte bestellt sind, desto weniger gegründete Beschwerden können vorkommen; ungegründete aber müssen durch Strafen, Succumbenzgelder u. d. gl. beschränkt werden.

Hievon abgesehen aber ist die Procedur in der Appellationsinstanz einer großen Vereinfachung fähig. Da,

wie im nächsten §. gezeigt werden wird, keine Nova in der Appellation zuläßig sind, sondern der höhere Richter nur über die in den Acten enthaltene Beschwerde, die der Unterrichter veranlaßt hat, urtheilen soll: so bedarf es in der Appellationsinstanz keiner proceßualischen Verhandlungen. Das ganze Appellationsverfahren wird also darauf reducirt werden können, daß die Beschwerde einer Parthey innerhalb der Appellationsfrist bey dem Unterrichter (wie im preußischen Proceß) angezeigt, nachdem sie der Gegenparthey zur Nachricht mitgetheilt ist, von dem Unterrichter mit den Acten eingesandt, vom Obergericht auf die gewöhnliche Weise in der Session geprüft, und über ihren Grund oder Ungrund entschieden würde.

Nur dann, wenn die Beschwerde darin gefunden würde, daß der Unterrichter erhebliche Thatsachen unentwickelt ließ, weil er sie irrig für unerheblich ansah, würde der Oberrichter ein weiteres Verfahren einleiten müssen. Dieses Verfahren könnte, da es nur die Information betrifft, dem Untergerichte committirt, und die höhere Instanz auf diese Art mit allen proceßualischen Verhandlungen der Partheyen verschont werden.

Wenigstens würde ich dieses Verfahren in allen Processen, worin es auf keinen verwickelten, sondern einen einfachen Thatbestand; — nicht auf consequente Zusammenstellung mehrerer Thatsachen, sondern blos auf die einfache Subsumtion unter das Gesetz ankommt, dringend anrathen. Regeln, wornach der Unterschied

bestimmt und sogleich erkannt werden könnte, ob der Appellationsrichter die eingesandte Untergerichtsacten sofort zum Spruche vorlegen, oder ein weiteres Verfahren einleiten solle, ließen sich, besonders wenn der Status causae et controversiae in den Acten zusammengestellt wurde, wohl auffinden. Da aber dieses Verfahren nur in Deductionen bestehen kann, und die Partheyen in der ersten Instanz Zeit genug hatten, ihre Ansicht, wie die Beurtheilung geschehen müsse, in den Acten niederzulegen: so erscheint ein weiteres Verfahren der Partheyen in der Appellationsinstanz durchaus überflüßig, und ich würde es daher durchaus abzuschaffen anrathen.

§. 53.

2) Ob in der Appellationsinstanz Nova zuläßig seyen? ist die zweite aufgestellte Frage, und ich habe sie im vorhergehenden §. bereits mit Nein beantwortet; es ist also noch übrig, die Gründe dafür anzugeben.

Es versteht sich zuvörderst von selbst, daß hier nicht von solchen Thatsachen und Beweismitteln die Rede sey, welche in der vorigen Instanz zur Sprache kamen, aber nicht entwickelt und aufgenommen wurden. Hierüber hat der Unterrichter schon erkannt, indem er sie als unerheblich verworfen hat. Ihre Entwickelung muß also, wenn sie von dem Oberrichter nicht unerheblich befunden werden, wie schon im vorigen §. bemerkt wurde, noch verfügt werden.

Es bleiben also nur wirkliche Nova, wovon die Voracten keine Spur enthalten, übrig; und von diesen müssen wieder diejenige, welche eine Parthey geflißentlich hinterhielt und dem Verzicht unterworfen sind, folglich auch keine Restitution begründen können, ausgeschieden werden. Denn die Partheyen sind nach dem, was schon oben ausgeführt wurde, ihr Recht vollständig in einem Processe zu vertheidigen schuldig, wenn sie sich die Folgen des Verzichtes nicht gefallen lassen wollen. Diese verschwiegene Nova sind also präcludirt. Die Partheyen haben im ersten Instanzverfahren Zeit genug, ihre Rechtsvertheidigung vollkommen zu besorgen. Sie dürfen den Proceß nicht als Spielwerk ansehen, und zum Ueberfluß kann man dem Richter noch die Pflicht auflegen, rechtsunkundige Partheyen darauf aufmerksam zu machen, daß es im Ernste dem ganzen streitigen Rechte gelte. Warum sollte man sie also schonen? Nur nehme man es mit der Präclusion vor dem Schlusse des ersten Instanzverfahrens nicht zu genau *). Insoferne aber die Hinterhaltung mit Irrthum, Schwachheit u. s. w. entschuldigt werden soll, lasse man auch hier das Rechtsmittel der Restitution zu, welches ohnehin keine genaue Begränzung der Thatsachen, welche die Partheyen ohne schuldbare Nachläßigkeit wissen konnten und mußten, verträgt.

---

*) Vergl. oben §. 34. in fine.

§. 54.

Die Nova, von deren Zuläßigkeit in der Appellationsinstanz es sich handelt, sind nunmehr genau als diejenige bezeichnet, wodurch wir schon oben die Zuläßigkeit der Restitutions- und Nullitätenklage begründeten. Es bleibt ihnen somit ihre Stelle außer der Appellation übrig, und aus dem Verlust, den eine Parthey durch ihren Ausschluß von der Appellationsinstanz an ihnen leiden müßte, findet keine Folgerung auf die Nothwendigkeit ihrer Verbindung mit der Appellation statt.

Außerdem giebt es aber keinen Rechtsgrund für diese Verbindung. Dagegen streitet die Bestimmung der Appellationsinstanzen gegen sie.

Nach der oben aufgestellten Ansicht sind nemlich die Gerichte erster Instanz die Organe, an welche die Justizpflege gewiesen ist. Diesen gehören alle einschlägige Geschäfte ursprünglich an. Die höhere Instanzen sind nur für die Prüfung der gegen jene Organe einkommenden Beschwerden vorhanden. Es ist eine grundfalsche Ansicht, wenn man es mit der guten Bestellung der ersten Instanzgerichte deßhalb leichter nehmen zu können glaubt, weil dem durch sie begangenen Unrecht durch höhere Richter abgeholfen werden kann. Anstatt daß dem Bürger in einer Handlung, durch einen Proceß sein Recht verschafft, und ihm nur, wenn er sich beschwert glaubt, der Recurs an die Quelle der Staatsgewalt offen gelassen werden soll, wird ihm bey dieser Ansicht die Beschwerde schon in die Einrichtung

der Justizpflege gelegt, und ihm durch diese Einrichtung selbst schon die Ueberzeugung, daß in erster Instanz richtig gesprochen worden, erschwert. Die Beschwerde, welche er nur im Richterspruch finden sollte, muß er schon in der Organisation der Gerichtsstelle finden. Die ersten Instanzgerichte müssen daher allererst so vollkommen als möglich organisirt und bestellt seyn, und es ist keiner der geringsten Vorzüge der baierischen Staatsorganisation, daß die Untergerichte bereits eine collegiale Form erhalten haben.

Würde nun ein zweites Instanzgericht Nova in der Appellation annehmen: so würde es demjenigen Geschäfte sich ursprünglich unterziehen, welches ursprünglich nur an die ersten Instanzgerichte verwiesen ist. Denn offenbar wird der Rechtsfall durch die Nova, welche eine Restitutions- oder Nullitätenklage begründen können, wesentlich verändert. Der erste Instanzrichter hat also darüber noch gar nicht entschieden; und es muß erst erwartet werden, ob er den Fall, wenn ihm die neue Thatsache vorgelegt wird, nicht anders entscheiden, und dadurch die Beschwerde beseitigen werde.

Es streitet also gegen die Bestimmung des zweiten und weitern Instanzrichters, wenn er über nicht entschiedene Nova urtheilt, und erzeugt einen directen Widerspruch mit dem Regierungsorganismus.

§. 55.

Unter dieser Ansicht erscheinen sowohl die ordentlichen als auch die außerordentlichen Rechtsmittel, wie

man sie bisher nicht passend bezeichnete, in einem ganz andern Licht, als in welchem sie nach der gewöhnlichen Ansicht erscheinen. Die Rechtskraft einer Sentenz, insoferne sie dieselbe nicht von selbst in sich trägt, tritt nur mit der Verjährung ein. Die Nullitäten- und Restitutionsklage sind nicht minder ordentliche Rechtsmittel als die Appellation, nur hat diese eine kürzere Verjährungsfrist als jene *). Jedes Rechtsmittel hat seine eigene Sphäre, keines kann durch das andere verschlungen oder ausgeschlossen werden.

Es heben sich hiernach alle Zweifel, welche aus der bisherigen Ansicht entstehen können. Indessen will ich einige kurz berühren:

a) Es giebt neue Thatsachen und Beweismittel, welche nicht für sich allein, sondern nur in Verbindung mit den in der vorigen Sentenz berücksichtigten Thatumständen eine Abänderung des Urtels motiviren können. Ein, an sich betrachtet, unbedeutender Umstand hatte z. B., wenn er in den vorigen Verhandlungen vorgekommen wäre, zwischen dem Erfüllungs- und Reinigungseid den Ausschlag geben können. Sollen also nicht wenigstens Nova von dieser Art in der Appellationsinstanz berücksichtigt werden?

---

*) Die Appellationsfrist von 10 Tagen scheint wirklich zu enge; ihre Erweiterung würde aber allerdings eine verhältnißmäßige Beschränkung der Suspensivkraft nach dem Beyspiel des französischen Processes erfodern.

Die Verneinung ergiebt sich sogleich, wenn man erwägt, daß diese Nova eben sowohl als diejenigen, welche für sich allein eine Urtelsabänderung bewirken können, eine Restitution begründen. Die Restitution beschränkt sich bey ihrem Informationsmomente nicht auf die neue Thatsachen, sondern verbreitet sich auch über den ältern Thatbestand. Das Recht kann nur nach dem ganzen factischen Verhältniß entschieden werden. Niemand wird behaupten wollen, daß der Richter bey Entscheidung der Restitutionsklage nicht die ältern Data mit berücksichtigen müsse. Solche nur in Verbindung mit andern wichtige neue Data geben also der aus Mangel ihrer Berücksichtigung verletzten Parthey keinen Grund sich gegen den vorigen Richter zu beschweren, sondern nur eine neue Entscheidung von ihm zu verlangen; und es ist ganz richtig, was Herr v. Almendingen *) behauptet, daß es keine halbe Beschwerde gebe.

b) Die Verbindung neuer Thatsachen mit der Appellation erscheint zwar nach der bisherigen Ausführung zugleich als eine Cumulation der Restitutions- oder Nullitätenklage mit derselben, wodurch ein nach dem Regierungsorganismus dem ersten Instanzrichter zugewiesenes Geschäft, dem zweiten Instanzrichter zugetheilt wird. Sollte aber diese Cumulation nicht zur Verminderung der Processe sehr zweckmäßig seyn? Allerdings! Allein

---

*) In seiner Metaphysik des civil. Processes. Bd. I. S. 107.

aus diesem Grunde müßten alle Instanzen aufgehoben werden. Wenn der Regent selbst alle Processe schlichten könnte: so würden alle Berufungen, wodurch der Staatsbürger nur die Ueberzeugung gewinnt, ob die Staatsgewalt wirklich auch das gebiete, was ihm ihr untergeordnetes Organ vorschreibt, von selbst hinweg fallen. Man halte sich also consequent an den Organismus der Regierung und mache keine unnöthige Ausnahme, wodurch die Regel selbst wieder aufgehoben würde. Denn wozu soll es führen, wenn dem Staatsbürger gestattet wird, durch Vorschützung einer Beschwerde die durch die Natur der Sache gebotene Ordnung zu umgehen? Eine vorgeschützte Beschwerde müßte aber allerdings hinreichen; denn würde sie gegründet befunden: so bedürfte der Appellationsrichter der neuen Thatsachen nicht, um das beschwerende Urtheil zu reformiren.

c) Die Berufung kann nicht, wie v. Almendingen behauptet *) die Jurisdiction des Oberrichters über das streitige Recht, sondern nur über die behauptete Beschwerde begründen. Worüber der erste Richter nicht geurtheilt hat, darüber ist keine Beschwerde, folglich auch keine Cognition des Oberrichters denkbar, ohne ihn n die Categorie des ersten zu setzen.

d) Wenn eine Parthey, welche durch das vorige Urtheil beschwert ist, zugleich neue Thatsachen hat, welche die Abhülfe der Beschwerde durch den vorigen

*) am angeführt. Ort Seite 111.

Richter hoffen lassen: so steht es ihr frey, ob sie zuerst im Wege der Appellation über die Beschwerde erkennen lassen, und die Restitution auf den Fall des Mislingens in Petto behalten, oder zuerst die Restitution ergreifen und sich die Appellation indessen aufsparen wolle. Sie kann in keinem Falle ein Rechtsmittel verlieren; in jenem Falle nicht, weil die Restitution, bis zu Ausgang der Appellation nicht verjährt (wenigstens muß sie das Gesetz, wenn die Verjährungsfrist so kurz wäre, suspendiren) in diesem Falle nicht, weil das über die Restitutionsklage entscheidende unterrichterliche Erkenntniß, folglich auch die dagegen zuläßige Appellation den vorigen ganzen Thatbestand, nach dem, was schon gesagt wurde, umfassen muß.

Es ist somit erwiesen, daß ohne Inconsequenz keine Nova in der Appellation zugelassen werden können, und die Vorschrift der baierischen Gerichtsordnung, welche hiemit übereinstimmt, verdient auch in einem neuen Gesetzbuch beybehalten zu werden.

Bayerische Staatsbibliothek München

BSB Bayerische StaatsBibliothek
MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Borst, Johann Nepomuk,

Einige Grundlinien für eine vernünftige Gesetzgebung des Civilprocesses mit vergleichenden Bemerkungen über den gemeinen teutschen, baierischen, preußischen und französischen Proceß

Nürnberg 1810

Bibl.Mont. 5068
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10726423-0